

Techet Péter

**Kísérletek a pozitivizmus kritikájára és
meghaladására a német jogtudományban:
a decizionista államelmélettől a közigazgatási
állam koncepcióján át az intézményvédelemig**

Doktori értekezés

Pázmány Péter Katolikus Egyetem

Jog- és Államtudományi Doktori Iskola

témavezető: Prof. em. Dr. Varga Csaba DSc

Budapest, 2018

Tartalom

Bevezetés	8
I. A jogpozitivizmus ellentmondásai és tévedései Carl Schmitt korai pozitivizmus kritikájának fényében.....	12
I. 1. A természetjog és a pozitivizmus különbségéről	13
I. 2. Carl Schmitt normativista természetjoga	16
I. 3. A természet mint norma.....	22
II. A pozitivista joglogika hiányosságai	27
II. 1. A jogi axiomatizmus zártsa	28
II. 2. A jog saját logikája	31
III. Jogpozitivista alkotmány- és alkotmányozás-koncepció politikai bírálata a német decizionizmus és jogi realizmus irodalmában.....	36
III. 1. Az alkotmány aspektusai	38
III. 1. 1. Axiológiai alkotmány-fogalom.....	38
III. 1. 2. Normatív alkotmány-fogalom elemei.....	39
III. 1. 2. 1. <i>A formai elkülönültség</i>	39
III. 1. 2. 2. <i>Tartalmi normativitás</i>	40
III. 1. 3. Egzisztenciális alkotmány-fogalom	42
III. 2. Az alkotmány(ozás) ontológiai elemzése	46
III. 2. 1. Normativista alkotmány-koncepció (Hans Kelsen) kritikája	48
III. 2. 1. 1. <i>A hipotetikus alapnorma kritikája</i>	48
III. 2. 1. 2. <i>Kelsen fiktív ontológiája</i>	50
III. 2. 2. Metajurisztikus alkotmány-koncepció és kritikája	53
III. 2. 2. 1. <i>A pozitivista szemlélet meghaladása</i>	53

<i>III. 2. 2. 2. Az érték-logika és veszélye</i>	53
<i>III. 2. 3. Realista alkotmány-koncepció.....</i>	57
<i>III. 2. 3. 1. Az alkotmányozás funkcionális-egzisztenciális jellege</i>	57
<i>III. 2. 3. 2. A realista koncepció sematikus ábrázolása.....</i>	61
<i>III. 2. 3. 3. A forradalom mint jogforrás?</i>	63
<i>III. 2. 3. 4. A jog dekonstrukciója</i>	67
<i>III. 2. 3. 5. Az akarat mint az érvényesség feltétele</i>	68
<i>III. 2. 3. 6. Az akarat mint az érvényesülés feltétele</i>	70
<i>III. 2. 4. A realista alkotmány-koncepció konzervatív kritikája.....</i>	77
<i>III. 2. 4. 1. Az önkényesség veszélye</i>	77
<i>III. 2. 4. 2. Az idő dialektikája</i>	79
<i>III. 2. 4. 3. Az előzetes rend mint feltétel és a homogenitás mint következmény</i>	81
<i>III. 3. Az akarat szerepe a jogérvényesülésben</i>	84
<i>III. 3. 1. A jogrendszer dinamikus szemlélete</i>	84
<i>III. 3. 1. 1. Sein és Sollen.....</i>	84
<i>III. 3. 1. 2. A teremtő akarat</i>	85
<i>III. 3. 2. Norma és döntés</i>	88
<i>III. 3. 3. A jog szituatív szemlélete.....</i>	90
IV. A <i>Daseinsvorsorge</i> mint a pozitivizmust meghaladó, közigazgatás alapú államlegitimáció...	94
<i>IV. 1. Egy új államlegitimáció és jogszerep igénye</i>	96
<i>IV. 2. Daseinsvorsorge: egy új fogalmiság okai.....</i>	98
<i>IV. 2. 1. Társadalmi-történelmi változások</i>	98
<i>IV. 2. 2. A Daseinsvorsorge fogalma</i>	99
<i>IV. 3. Feladatcentrikus közigazgatástan</i>	101
<i>IV. 3. 1. Régi valóság – új dogmatika</i>	101

IV. 3. 2. Daseinsvorsorge mint nemzetiszocialista fogalom?	102
IV. 3. 3. Szolgáltató és beavatkozó közigazgatás	104
IV. 3. 3. 1. Szolgáltató közigazgatás	104
IV. 3. 3. 2. A közigazgatás mint állami valóság	107
IV. 4. Daseinsvorsorge mint állami legitimáció	108
IV. 4. 1. Az uralkodó államtól a szolgáltató államig	108
IV. 4. 2. A demokratikus tömegtársadalom legitimációja	109
IV. 4. 2. 1. Az állami kérdések dezideologizációja	109
IV. 4. 2. 2. Totalitás gyengeségből	110
IV. 4. 3. A totalis Daseinsvorsorge	111
IV. 5. Államlegitimáció az ipari társadalom korában	113
IV. 5. 1. A szociális államiság ellenében	113
IV. 5. 1. 1. A forsthoffi jogállam-fogalom problémái	114
IV. 5. 1. 2. A szociális államiság elutasítása az alkotmányos szinten	115
IV. 5. 2. Társadalmi Daseinsvorsorge mint állam nélküli rend	116
IV. 5. 2. 1. A Daseinsvorsorge demokratizálódása	116
IV. 5. 2. 2. A Daseinsvorsorge társadalmiasítása	117
V. Az intézmény mint a pozitív jogi kategóriák meghaladása és az intézményvédelem mint a metapositivista alkotmányvédelem a német jogban	119
V. 1. Intézményi gondolat	121
V. 1. 1. Savigny tana	121
V. 1. 2. Hauriou tana	123
V. 2. Az intézményi garancia tanának kidolgozása	125
V. 2. 1. Alapjog-felfogások	125
V. 2. 2. Az intézményi gondolat megjelenése	128

V. 2. 3. Carl Schmitt, az intézmények őre	130
V. 2. 3. 1. <i>A weimari alkotmány gyengeségei</i>	130
V. 2. 3. 2. <i>Carl Schmitt alkotmánytana</i>	131
V. 2. 3. 3. <i>Carl Schmitt kezdeti intézményi garancia-tana</i>	134
V. 2. 4. Intézmények definíciói és kategórizációi	136
V. 2. 4. 1. <i>Friedrich Giese</i>	136
V. 2. 4. 2. <i>Richard Thoma</i>	137
V. 2. 4. 3. <i>Carl Schmitt</i>	138
V. 2. 4. 4. <i>Bodo Dennewitz</i>	139
V. 2. 4. 5. <i>Ernst Rudolf Huber</i>	139
V. 2. 4. 6. <i>Friedrich Klein</i>	140
V. 2. 4. 7. <i>A weimari birodalmi alkotmány intézményei</i>	142
V. 3. Intézményi gondolat a nemzetiszocialista jogtudományban	143
V. 3. 1. Az intézményi garancia felszámolása	143
V. 3. 1. 1. <i>A nemzetiszocialista intézményi garancia-tan kísérlete</i>	143
V. 3. 1. 2. <i>Az intézményi garancia elutasítása</i>	144
V. 3. 2. Rend-gondolat mint a pozitivizmus nemzetiszocialista meghaladása	145
V. 3. 2. 1. <i>Konkrét rend-gondolat</i>	146
V. 3. 2. 2. <i>Konkrét jog-fogalmak</i>	147
V. 4. Az intézményi garancia tana a bonni köztársaságban	149
V. 4. 1. Intézményi garancia és a Grundgesetz	149
V. 4. 1. 1. <i>Jogi intézmények</i>	150
V. 4. 1. 2. <i>Intézmények védelme</i>	151
V. 4. 1. 3. <i>Garanciatartalmak</i>	151
V. 4. 1. 4. <i>Alapjog-közeliég</i>	153

<i>V. 4. 1. 5. Egyes intézmények felsorolása a Grundgesetzból</i>	154
V. 4. 2. Intézményi alapjog-elmélet	154
V. 4. 3. Intézményi garancia meghaladva megőzése	156
<i>V. 4. 3. 1. A probléma feloldása</i>	156
<i>V. 4. 3. 2. Intézményi garancia pozitiválása?</i>	156
Zárszó	159
Irodalomjegyzék	161
Jogszabályok	181

„... megyek a nincsből a van felé.”

(Bereményi Géza)

Bevezetés

Az alábbi dolgozat alapötlete – azaz a pozitivista jogtudomány objektivitásának vizsgálata, a „jogászi ideológia“ dekonstrukciója, a jog és a valóság (társadalom) kapcsolatának vizsgálata – legalőször Varga Csaba jogelméleti óráin fogalmazódott meg bennem, ugyanis Varga Csaba éppen a problémaérzékenységet, a kritikai szemléletmódot hangsúlyozta óráin és könyveiben egyaránt. Számára a jog nem absztrakt eszme, nem is egyedül tételezettségében létező normahalmaz, hanem a társadalmiasulás folyamataként önállósodott, de célját és jelentését a többi társadalmi alrendszerrel interakcióban hordozó alrendszer. Ugyan a pozitivizmus képes a már megszületett, már érvényes jogot és annak belső működését logikailag leírni – ennek tökélyre fejlesztett és önmaga szabta céljában (azaz a jog mint önálló, lezárt halmaz belső logikai koherenciájának és működésének leírásában) nem meghaladott és alig meghaladható elmélete a kelseni tiszta jogtan –, de a pozitivizmus eleve kizára azon kérdéseket, amelyek a jog értelmére, külső céljára és külső kapcsolódásaira (létrejövetelére, érvényesülésére, megszűnésére) kérdeznének rá. E kérdések egyrészről megválaszolhatóak egyfajta természetjogi álláspontból, ahol azonban a mérce és a cél továbbra is *Sollen*-kijelentés marad;¹ másrészről a pozitivizmus meghaladására – vagy még pontosabban szólva: a pozitivizmus nyújtotta szűk, csak a jog már létező belső életére koncentráló perspektívájánál szélesebb horizontra – leginkább azon megközelítések alkalmasak – mint Varga Csaba lukácsi indíttatású társadalmi jogontológiája is –, amelyek a jog eszközintézményének társadalmi környezetét, hatását, jelentésadó és jelentésnyerő együtthatásait, interakcióit kísérlik meg – egyben a *Sein* és a *Sollen* szigorú szétválasztásának szintetizálásával vagy feloldásával – kimutatni. A jogszociológia megjelenésétől – amely még nem rendszerező igénnnyel, pusztán egyfajta heurisztikus jelleggel fordult a jog társadalmi jelentése, érvényesülése, megalósulása felé – a jogi realizmus vagy a politikai decizionizmus irodalmán át a dekonstrukcióig (*critical legal studies*, *postcolonial legal studies*, feminista jogelmélet, stb.²) tart azon megközelítési módok, iskolák pannója, amelyek immáron elméleti jelleggel kívánják a jog belső logikáját kinyitni, a jogi objektivációk kritikáját, dekonstrukcióját elvégezni,

¹ Az alábbi dolgozatban nem kívánunk az egyes természetjogi irányzatok elemzésébe részletesen belemenni, de már az első fejezetben Schmitt korai idealista normativizmusát ábrázolva cáfolyuk a kelseni pozitivizmus örökládáját a természetjogi tanokkal szemben, miszerint azok a „naturalista hibába“ esve a tényből normára következtetnének. Mindazonáltal a dolgozatban kidolgozatlanul használjuk a „természetjog“ kifejezését – könyvtárgyi irodalma van ugyanis a különféle természetjog-felfogásoknak –, egyes esetekben elsősorban nem is a magyar irodalomban (sajnálatosan) majdnem egyedülálló módon képviselt Frivaldszky János-i értelemben (ahol a természetjog mint a jogfilozófia *per se* jelenik meg), hanem az absztrakt észjogi értelemben (főleg a dolgozat harmadik fejezetében).

² E teóriákról – egy gyjeményes könyv recenziójaként – összefoglalásként Id. Techet 2009, 231-237.

éppen azért, hogy a jogi – vaihingeri értelemben vett – *mintha-valóságok* tényleges környezetét, okait, keletkezését meg tudjuk ismerni. Mindez nem destruktív cél, hanem a jog iránti problémaérzékenységünket növeli, ugyanis mindezen iskolák arra mutatnak rá, hogy a jog jelentését a társadalom, végső soron a társadalmat jelentő egyének akarata hordozza. Mindez a jogért való közös felelősségeinket hangsúlyozza, mert a fogalmak önmagukban nem jelentenek semmit, azok társadalmi szinten való megvalósulása adja tényleges értelmüket és jelentésüket.

Az egyetemi tanulmányaim során főleg Carl Schmitt politikai szempontú jogelméletében találtam meg azt az értelmezési keretet, amellyel a jogkeletkezés problematikáját – mint *par excellence* nem pozitív jogi, de mindenkorban jogilag releváns kérdést – fel tudtam önmagam számára vetni. Ennek eredménye – egyben a jogi konzervativizmus irodalma irányából megfogalmazott kritikája – főleg a III. és az V., részben a IV. fejezetben jelenik meg.

Az I. és a II. fejezetben egyrésről a pozitivizmus természetjog-kritikájának dekonstrukciójával, Carl Schmitt korai idealista normativizmusának ábrázolásával (ami a Schmitt-irodalomban is általában ritkán megjelenő vonulat), másrésről a csupán belülről értelmezhető, de a jog társadalmi interakciót leírni, átfogni nem képes pozitiv joglogika bírálatával vezetem fel a pozitivizmust meghaladó látásmódokat. A további fejezetek egy-egy konkrét irányból – a német jogtudomány egy-egy vitáját alapul véve – mutatnak fel a pozitivizmust meghaladó koncepciókat.

A III. fejezetben erősen érezhető Carl Schmitt hatása, amennyiben az alkotmányozás (értsd: jogszületés) tényleges folyamatát kívánom ábrázolni, elvégre a pozitivizmus válaszai eleve a *már létrejött, már érvényes* jogrendszerre vonatkoznak, s így maga zárkózik el a jogszületés politikai-társadalmi folyamatainak elemzésétől. E fejezet gondolatisága az, amely már Varga Csaba egyetemi előadásait hallgatva is megfogalmazódott bennem.

Későbbi németországi tanulmányaim során azonban egyre inkább úgy éreztem, hogy doktori dolgozatomban nem a jogszületés metapositív folyamatának elméleti leírását szeretném nyújtani – mintegy csupán a schmitti alkotmányelméletre építve kutatásaimat –, hanem – ha tetszik, szintén a pozitivista zárttágra és lezárttágra törekvés ellenpólusaként – problémaköröként és azokra adott válaszonként mutatnék be egy-egy kísérletet a pozitivizmus meghaladására a német jogtudományon belül. A III. fejezet ezért nem a dolgozat fő üzenete – mert a dolgozat nem egyetlen realista alkotmányontológiává kíván összeállni –, hanem a pozitivizmus egyik megválaszolatlanul hagyott problémájára (a jogszületés és jogérvényesülés folyamatára) adott válaszlehetőségek bemutatása.

A pozitivizmus nem csupán a jog születését zárja ki elemzendő kérdései közül – de a jog társadalmi feladatának és a jog társadalmi jelentésének kérdését sem veti fel. Éppen ezért a III. fejezet után, amelyben a jogszületés kérdése áll a fókuszban, a IV. fejezetben a jog egyik lehetséges társadalmi feladatát – és ezen feladata felől megközelített legitimációját – vizsgálom meg (*Daseinsvorsorge*). Ernst Forsthoff elméletei azért jelennie meg egy olyan dolgozatban, amely amúgy a jogszületést és jogműködést elemzi, mert Forsthoff gyakorlatilag a jog lényegét és az állam legitimitását (elfogadottságát) a közigazgatás sikerességeből, a gondoskodó államból vezette le. Az V. fejezetben pedig a jog lehetséges társadalmi jelentését és lényegének védelmét hordozó intézmények weimari időkben megfogalmazott német jogtudományi tanát mutatom be.

A IV. és az V. fejezet kifejezetten németországi tanulmányaim során fogalmazódott meg bennem. Ernst Forsthoff nevével korábban is találkoztam, de mivel először csupán közigazgatási jogásznak tartottam, nem foglalkoztam vele részletesebben. Forsthoff Magyarországon amúgy is kevssé recipiált – leginkább Pokol Bélánál jelenik csak meg mint az alkotmánybíráskodás egyik korai kritikusa –, így örömmel vettetem, amikor Carl Schmitt-ről beszélgetve az Ernst Forsthoff-i *Daseinsvorsorge* államelméleti jelentőségére hívta fel figyelmet az akkor még Münchenben, mára már Jénában közjogot oktató Matthias Knauff professzor. Az ő révén vettetem észre, hogy amennyiben a pozitivizmust meghaladni kívánó elméleteket keresek, éppen hogy nem az absztrakció világában kell maradnom: a forsthoffi *Daseinsvorsorge* nagyon is konkrét problémákra adna választ, egyben éppen az állami mindannapokat kifejező közigazgatási jogot helyezi – mind az állam legitimitásának, mind az állami feladatok meghatározásának tekintetében – jogelmélete középpontjába. Éppen ezért egy önálló fejezetben foglalkozom Forsthoff közigazgatás-alapú állam-koncepcióival; mindez az is indokolja, hogy eleddig Magyarországon sem Forsthoffról, sem a *Daseinsvorsorge* magyarul (vagy bármilyen más nyelven) nehezen lefordítható céljáról, feladatáról nem született ismertető munka. Ernst Forsthoff munkásságának fontosságára – mintegy a harmadik fejezetben alapul vett schmitti állam- és jogelmélet gyakorlati következményére (miközben Forsthoff önálló jogon része a német jogelméletnek, s nem csupán Schmitt tanítványaként) – szintén Münchenben Jens Kersten professzor hívta fel a figyelmet, akinek Karsten Fischer politológus-professzorral közösen tartott, minden szempontból nagysikerű 2010/11-es Carl Schmitt-szeminárium – amelynek keretében Schmitt náci szerepvállalásának lehetséges okaival foglalkoztam behatóbban – jelentős lökést adott saját dolgozatom céljának megfogalmazásakor is.

Az V. fejezet szintén a német jogelmélet irodalmából vett problémakörrel, az intézmények fogalmával és az intézményi garancia metapositív feladatával foglalkozik. Matthias Knauff volt ezúttal is az, aki Schmitt ezen gyakorlati munkássága felé fordította a figyelmememet, amelynek keretében magam is átértékeltem önnön Schmitt-képemet, elvégre a decizionistaként és antiliberalisként ismert Schmitt éppen azért állította fel intézményi garancia tanát a weimari köztársaság idején (elején), hogy a weimari alkotmány tételes jogi szabályai által lehetővé tett tetszőleges és önkényes változtatgatásokkal szemben (elvégre a pozitivizmus számára a jog forrása nem más, mint a tetszőleges, tartalmilag nem, csak formailag korlátozott állami akarat) megvédje az alkotmány lényegét, az alapjogok liberális felfogását. Az V. fejezetben végigvett intézményvédelem arra is példa, hogy miként tud a jogtudomány a jog céljának – a rend védelmének – éppen akár a tételes jog megkerülésével, de legalábbis a tételes jog által nem támogatott értelmezésével megfelelni. E feladat persze végső soron csak akkor lehet sikeres, ha a felismert cél végül pozitív jogilag is megfogalmazódik. Nem véletlen, hogy minden, amit a weimari alkotmány idején Schmitt még a jogtudomány eszközeivel kívánt elérni (azaz az alkotmányi koherenciát és lényeget megvédeni), a bonni alaptörvény már tételes jogilag biztosítja (számos alaptörvényi tétellel). Ekként az V. fejezet – mintegy zárásként – a pozitivizmusba felvett metapositiv meghaladási kísérletek egyik sikeres szintéziseként értékelhető.

A dolgozat elkészítéséhez azoknak mondok köszönetet, akik gondolataikkal, megjegyzéseikkel segítették a munkát: Budapestről Varga Csabának, Cs. Kiss Lajosnak, Karácsony Andrásnak, Varga Zs. Andrásnak, Takács Péternek, Szigeti Péternek; továbbá Németországból Matthias Knauffnak (München/Jéna), Jens Kerstennek (München), ill. a Regensburgi Egyetemen filozófiát oktató Stefan Schicknek. Köszönettel tartozom a Pázmány Péter Katolikus Egyetemnek, amely magyar állami ösztöndíjat biztosított doktori dolgozatom elkészítésének idejére, valamint a német DAAD és a bajor Bayhost ösztöndíjprogramoknak, amelyek bajorországi tanulmányaimat tették anyagilag is lehetővé.

I. A jogpozitivizmus ellentmondásai és tévedései Carl Schmitt korai pozitivizmus kritikájának fényében

Mielőtt a pozitivizmus meghaladását és/vagy a tételezett jog metapozitivista továbbfejlesztését célzó német jogtudományi megoldásokat, elméleteket bemutatom, először az egyik legalapvetőbb kettőséget, ami a jogi pozitivizmus és a természetjog „szembenállását” jellemzi, elemzem – elsősorban Carl Schmitt korai, természetjogias, idealista elméletei alapján. Mindez lehetőséget ad arra is, hogy Hans Kelsen természetjog-kritikáját kritikailag megvizsgáljam. Az első fejezetnek mindenkorral nem az a célja, hogy a természetjog mibenlétéről foglaljon állást. A természetjog és tételes jog kapcsolatát Carl Schmitt egyik korai műve, a „Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen” kapcsán elemzem. Itt ugyanis Carl Schmitt – később, inkább voluntarista elméleteinek tükrében kissé meglepő módon – egy szigorú idealista pozitivizmus-kritikát nyújt, amiben azonban a hegeli etatizmus is megjelenik.

Eme korai schmitti kísérlet, amely a későbbi életszakaszokban decizionista irányból lett felülírva, lehetővé teszi Hans Kelsen természetjog-felfogásának kritikus megtárgyalását is. Főleg a „naturalista hiba” kérdése érdekes. Amennyiben Kelsen a természetjogot „naturalista hibával” vádolja – mintha a természetjog következtetne a Seinból a Sollenre –, félreismeri a természetjog természet-fogalmát. E fogalom nem a Sein-szférának felel meg, mivel a természet a természetjogban, mint ahogy Schmitt korai jogfelfogásában is, Sollen, aminek a törvények – melyek maguk is Sollen-kijelentések – megfelelni tartoznak. Ekként a természet – a természetjog értelmében – nem Sein, hanem Sollen, ezért a „naturalista hiba” sokkal inkább a jogi pozitivizmusnál, amely a jogot a törvényalkotó akaratára vezeti vissza, vehető észre.

I. 1. A természetjog és a pozitivizmus különbségéről

A természetjog nem abban különbözik leginkább a pozitivista szemlélettől, hogy megkettőzi a jogrendszert – egy örökkérvényűnek és a pozitivista nézőpontjából metajurisztikusnak számító szintet feltételezve az emberileg tételezett jogszabályok fölé –, hanem abban, hogy más képp definiálja a jogot, és ezért teoretikus érdeklődése is más irányú.

A pozitivista számára a jog egy emberileg tételezett szabály, amelynek érvényessége mögött *esetleges* emberi akaratok (a törvényhozó hatalmat éppen ténylegesen birtokló személy, csoport, osztály stb. akarata), míg az érvényesülés mögött pedig a végrehajtás *ereje* húzódik meg. A pozitivista a jogot nem tartalma, hanem *formája* és *sikere* szempontjából észleli: számára a jog eszerint 1. egy mögöttes politikai akarat eszközintézménye, 2. oka ennek megfelelően tetszőleges, 3. legitimítása pusztán a legalitására redukált, és ezért 4. az érvényessége és érvényesülése mögött meghúzódó akaratok erején kívül semmit más nem észlel a jog okaként. A pozitivista – mivel a jog okát egy esetlegességhez (a hatalom erejéhez, ténylegességéhez³) kapcsolja –: 1. a jog vonatkozásában értelmetlennek tartja az ontológiai kérdéseket – a jog születését és okát a politikum jogelméletileg nem megragadható világába helyezi –, ill. 2. a jog esetében így jogtudományosan csak egy ismeretelméletet tud kidolgozni, elképzelni: ennek lenne az a feladata, hogy – mindenféle ontológiai, metajurisztikus, tartalmi elem nélkül – pusztán a formalitás külsőlegessége szempontjából megállapítsa, felismerhetővé tegye azon jellemvonásokat, amelyek (a maga redukált jogszemlélete alapján) a jogot jellemzik. A pozitivizmus – mivel irrelevánsnak tartja a tartalmi szempontokat – relativista és bármit kész jogként elfogadni, amit egy erre hivatott szerv érvényes eljárás keretében érvényesen elfogadott. Mivel azonban az érvényesség is ténylegesen – tehát ha figyelmen kívül hagyjuk a hipotetikus alapnorma *fikcióját* – egy politikai akaratra, a Walter Benjamin által leírt jogtételező erőszakra (*rechtssetzende Gewalt*) vezethető vissza: az eljárás, az elfogadás és a kihirdetés érvényessége sem mond voltaképp semmi biztosat arról, hogy *mi* is valójában a jog.

A természetjog szerint azonban nem tekinthető minden jognak, amit egy megfelelően erős és hatékony akarat jogszabályként kihirdet. A természetjogot ugyanis éppen a jog tartalma érdekli. Míg a pozitivista szerint a jogot tételező emberi akaratnak legfeljebb valamiféle –

³ Ergo egy Sein-jelenséghez – ennek módszertani hibájáról lejjebb még szólunk.

egyébként szintén tőle származó⁴ – eljárási (ergo formális, külsődleges) feltételnek kell megfelelnie a jogi minőség érdekében, addig a természetjog szerint a jogiság minőségének nem elegendő indoka egy akarat, az erőszak ereje, hatékonysága, akár még oly tartós sikere. A természetjogot éppen az érdekli, hogy milyen tartalmi feltételek fennállása mellett tekinthetjük jognak az adott hatékony akarat, erőszak termékét. A pozitivistát viszont csak a külsődlegesség, a legalitás érdekli. A „természetjogász” viszont ama mércét, tartalmi szempontot keresi, amelynek alapján valami jognak tekinthető – ergo nem az emberi akarat megjelenési formájától, erejétől, hanem forrásától és tartalmától teszi függővé a jogi minősítést. A pozitivista számára az érvényesség pusztán formális kategória, amely voltaképp egyetlen jogfilozófiai kérdésre (miért érvényes a jog?, miért kell követnem a jogot?) sem ad választ. Eme kérdéseket a pozitivista eleve nem-joginak ítéli – elvégre számára minden ontológiai kérdés metajurisztikusnak számít –, így 1. vagy az erőszak jogtételező szerepére rámutatva, bármiféle tartalmi-legitimációs igény elől kitér, 2. vagy nem elégzik meg a *legalitás formalitására redukált legitimitással*, és a legitimitás kérdését áttolja a politikai filozófia terrénumára, mondván: annak feladata, hogy megtalálja ama értékeket, amelyeknek szolgálata, megvalósulása esetén nevezhető legitimnek a jogeszköz.

Az a fő különbség tehát – amint arra Walter Benjamin is rámutat – a pozitivizmus és a természetjog között, hogy míg 1. a pozitivistát csak a jogtételező erőszak *formája* érdekli, addig 2. a természetjogászt az erőszak célja – más szóval: a *tartalom* – foglalkoztatja, és attól teszi függővé a jogi minőség elismerését.⁵ A természetjogász szerint nem elegendő válasz a jog érvényessége mellett annak kikényszeríthetősége, úgymond legalitása, a jog ugyanis a természetjog szempontjából nem legális erőszak: a jog csak abban az esetben tarthat igényt a legális erőszakra (vagy másnépp szólva: a legális erőszakot csak akkor nevezhetjük jognak), ha annak tartalma valóban *kötelező* érvényyel bír.⁶

Jogfilozófia a természetjog értelmében csak eme utóbbi esetben művelhető – a jogfilozófia ekként szükségszerűen vezet a kelseni jogi ismeretelmélet számára nem-joginak, metajurisztikusnak ítélt irányokba. A jog ilyettén heteronomitása csak metajurisztikus

⁴ Azon eljárási rend, amelynek betartása voltaképp a jogszabály érvényességének a feladata, nem más, mint egy másik jogszabály. Azaz egy A jogszabály érvényessége a B jogszabály meghatározta eljárási rendre vezethető vissza. Mivel azonban A és B jogszabály egyaránt az állam akarata, így voltaképp a pozitivizmus érvényesség-származtatása egy *időbelileg eloltott tautológia*, amennyiben is az állam későbbi akaratának érvényességét egy korábbi akaratára vezeti vissza. (E láncolat eme módon nem lezárható, ezért van szükség a hipotetikus alapnorma fikciójára.)

⁵ Benjamin 1965, 31.

⁶ Vö. Frivaldszky 2008, 5. et passim.

(filozófiai) irányból magyarázható.⁷ Amint Carl Schmitt kérdezte önmagától ifjúkori naplójában:

„Miért uralkodik az egész világban, minden tudományban, minden emberi tevékenységen egy törvény? Ez az eredetileg jogi fogalom uralja az egész szellemi életet. Ez is bizonyítja, hogy a jogtudomány fontos a filozófiában”.⁸

Eme fontos feladat – a jog által vizsgált élethelyzetek immanens törvényszerűségeinek a feltárása – lenne Frivaldszky János értelmezésében is a jogfilozófia valódi tevékenysége,⁹ ami tehát éppen nem azt vallaná, hogy az erő, hanem hogy az igazság – ennek nem absztrakt, hanem helyesség értelmében vett konkrét jelentése – lenne a jog forrása. Ahogy Frivaldszky írja – helyesen szembeállítva a normativistának hitt, de valójában decizionista (ergo tartalmilag nihilista) pozitivizmus jog-képével a természetjogét –:

„a jogász hivatása nem az, hogy egyfajta »istenként« érveivel vagy jogi aktusokkal kreálja különböző divatos igazságosság-elképzelések szerint az emberi viszonyokat, hanem kvázi-filozófus módjára kell az elrendezett dolgok, az emberi viszonyok természetét keresnie”.¹⁰

Természetesen e koncepció voltaképp ama indításként jelzett különbségen áll, hogy a természetjog a jogot nem egy tetszőleges tartalmú, államakarati formának tartja, hanem mércének, amely meghatározza – vagy ha tetszik: leképezi, felismeri, felismerteti, visszatükrözi – a környezetünkben meglévő, embermivoltunkból (magánjog) vagy társadalmiságunkból (közjog) fakadó *immanens rendezettséget*. Így mérceként szolgál a tételes jog számára, elvégre – ismét Frivaldszkyt idézve –

„a természetjogi felfogás szerint az emberi természet alapvető normáit sértő pozitív jogi norma vagy bírói, közigazgatási stb. döntés nem minősül érvényes jogi előírásnak, s így kötelező erővel sem rendelkezik, bármilyen magas szerv is hozza azt meg”.¹¹

A természetjog úgy feltételezi tehát, hogy személyközi viszonyainkban – legyenek ezek egymás mellé rendeltek (magánjog) vagy hierarchikusak (közjog) – lenne olyan belső, immanens rend („emberi természet alapvető normái”), amelynek megvalósítása, megerősítése volna a jog feladata: ekként csak ama államakarati forma tarthatna igényt a jogiság többletminőségére, amely eme rendet tükrözi, valósítja meg.

⁷ Cumin 2005, 51.

⁸ Schmitt 2005, 54.

⁹ Frivaldszky 2008, 7.

¹⁰ Frivaldszky 2005, 105. (kiemelés eredetiben) Frivaldszky idézett tanulmányában – a klasszikus római jogi szerzőkre hivatkozással – azt igazolja, hogy mivel a jogász a legitimítás miatt a filozófushoz hasonlóan az igazságot – a tartalmi igazságot – keresi, ám – és ettől több és tán szébb a munkája, mint bármely szobafilozófusé – célja szerint meg is valósítja, ki is kényszeríti – ha kell –, maga a jogász a valóbb filozófus.

¹¹ Frivaldszky 2008, 29.

I. 2. Carl Schmitt normativista természetjoga

Az alábbiakban – Carl Schmitt egyik korai írásából kiindulva – azt bizonyítjuk, hogy 1. Schmitt számára – legalábbis ifjabb korában – a jog hasonló eszmei tartalmat – és nem pusztta akaratformát – jelentett, mint a természetjog legtöbb irányzata számára, ill. 2. eme természetjogias koncepció – és ekként a korai Schmitt és a vele rokonítható természetjog – egy idealista normativizmust képvisel, ergo 3. nem Kelsen, nem a jogpozitivizmus normativista – ők ugyanis a „naturalista hibába” esnek a jog érvényességének igazolásakor (lásd lejjebb) –, hanem a természetjog (és annak fiatalkori schmitti változata).

Carl Schmitt gondolatisága politikailag egyértelműen a liberalizmussal áll szemben – nem véletlenül szolgálhat megannyi, akár egymással egyébként vitában is álló, ámde antiliberalis nézetrendszerek (politikai katolicizmus, marxizmus, neokonzervativizmus, *Nouvelle Droite*, hegeliánus etatizmus, hatvannyolcas antiparlementarizmus stb.) gondolkodói számára egyaránt érv gyanánt –; a jogtudományban pedig a pozitivizmus az ellenfele. A pozitivizmus profán, tartalmatlan jogképével szemben Carl Schmitt számára – nem véletlenül tartotta fontosnak, filozófiaileg relevánsnak a jogtudományt¹² – a jog olyan eszmét jelent – legalábbis a „Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen” c. korai munkájában –, amelynek megvan a belső eszmeisége, rendszere: a jogásznak ezt kell megtalálnia, képviselnie. Mindezt Hasso Hofmann paradigmatiskus Schmitt-monografiájában akként fogalmazta meg, hogy Schmitt egész életében a jog legitimitását kereste – azaz annak okát, amiért valamilyen államakarati forma jogérvénynyel bírhat –,¹³ nem elégedve meg a legalitás esetlegességével, formalizmusával, önkényességével.

Minden joghallgató számára meghatározó élmény a jogszabályok biflázása, magoltatása, és annak megtapasztalása, hogy az előző félévben tanult jogszabály idénre már legfeljebb a jogtörténészek számára lehet érdekes. A jogszabályok változásai – hogy tényleg a törvényhozó három megfelelő szava egész jogi könyvtárakat tehet semmissé¹⁴ – valóban a jog esetlegességét, tartalmi kötetlenségét bizonyíthatják: azt, hogy a jog érvényességének *mintha* tényleg csak formális-procedurális indokai lennének. (Ugyanez elmondható a bírói ítéletekről is.¹⁵) Ennek megfelelően Kelsen úgy vélhette, hogy 1. ilyen esetlegességre tudomány

¹² Carl Schmitt mindig is jogásznak tartotta magát, s sohasem jogfilozófiáról vagy jogelméletről szólt, hanem mindig *Rechtswissenschaft*ról: amivel éppen eme tudomány lényegességét akarta jelezni (azt, hogy a jogtudomány – ha tetszik – eleve jogfilozófia.)

¹³ Hofmann: 2002, 11. et passim.

¹⁴ Kirchmann 1990, 23.

¹⁵ Varga 2003a, 130sk.

egyáltalán nem építhető – mert olyan volna, mintha emberi esetlegességekre akarnánk tudományt (tehát valamiféle rendszerszerűséget) alapozni –, 2. vagy ha mégis, akkor egy olyan tudományos sablont – univerzális jogelméletet¹⁶ – kell felállítanunk, amelyben eme önkényesség, esetlegesség immár tudományos keretbe helyezhető, logikailag magyarázható, modellezhető. Az eredmény egy olyan tiszta jogtan lett, amely – amint egy (kelet-)német kritikusa megjegyezte – nem *Rechtslehre* (jogtan), hanem voltaképp *Rechtsleere* (jogüresség).¹⁷

Kelsen szerint ugyebár a jog 1. *eszköz* (éppen ezért a jogelméletnek nem feladata teleologikus kérdésekkel foglalkoznia), 2. pusztán *formálisan* meghatározott (a jog érvényességének így nincsenek tartalmi szempontjai), 3. tartalma ekképp tetszőleges, 4. a jog érvényességének oka pedig valamely erős akarat sikere. A jognak tehát nincs jogilag értelmezhető ontológiája – a forrásvidéke ugyanis ama esetleges, a jogtudomány számára nem érzékelhető területen helyezkedik el, ami a politikum világa –, tehát Kelsen elmélete vállaltan egy ismeretelmélet csupán: azt határozza meg, hogy miképp ismerhetjük fel a jogot. A jog megismerhetősége formális-eljárási keretben történik: a jog egy bármilyen tartalmú, de meghatározott eljárásban elfogadott, kihirdetett norma. Érvényessége tehát nem egy jogfilozófiai minőség, hanem voltaképp a hatalmi szó szülte fiktív kategória. Az a tudományos keret, amely ezt az esetleges és önkényes világot – a jogét – lefedi, mindenféle logikai feltételek, zárássok – ergo gondolati fikciók – révén marad tudományos. A kelseni tiszta jogtanban az érvényesség nem a jogrendszer egészére, csak a normák egymáshoz való viszonyára értelmezhető kijelentés. A hatalom szülte jogszabályok fiktív létállapota – az érvényesség – arra szolgál, hogy – a beszámítás (*Zurechmung*) révén – valamennyi immanens, tartalmi kategóriát (bűn, igazság stb.) kifordítsanak, unifaktorális redukcióval homogenizáljanak, s pusztán egy fiktív kijelentés (jogszabályszerű / jogszabályellenes) feltételeként kezeljenek.¹⁸

Kelsen tehát dekonstruálta a jogot, amennyiben is tagadta mindenazon jellegét – metajurisztikusként vette el –, amelyet más jogfilozófiák éppen a jogiság kiválasztó tartalmi kategóriájának tartottak. Mivel Kelsen megtisztította elméletét az ontológiai válaszoktól és kérdésektől, az elméletében ábrázolt jognak nem maradt értelmesen megragadható forrása, célja. A forrás – ki nem mondottan – a politikum, a tetszőlegesség: épp ennek nyomán – azaz annak nyomán, hogy tagadta bármiféle *megelőző* rend szükségét a jogrend létrejöttének feltételeként – tudta igazolni ama tézisét, hogy az állam, a demokrácia – ellentétben Schmitt

¹⁶ Kelsen 2001, 1.

¹⁷ Klenner 1972.

¹⁸ Kelsen 2001, 12. et passim.

ezirányú állításaival¹⁹ – nem csak valamiféle eleve létező, homogén közösségen tud létrejönni, hanem bárhol, bármikor, bárkikből. Bármi a jog tartalma lehet – ekként a jog fogalma relativizálódik és az esetleges törvényével esik egybe –, mert nincs semmiféle legitimnek mondható mérce.²⁰ Mivel nem létezik semmiféle tartalmi mérce (igazság, helyesség, „dolog természete”), amint semmiféle előzetesség (megelőző rend, homogenitás, *Gleichartigkeit*) sem, a legitimítás fogalma – mely megelőzően éppen ama elemeket tartalmazta mérceként, amelyektől Kelsen jogtanát és államtanát megtisztította – a legalitásba csúszott át. Legális az, amit a jogszabály megenged. Mivel a jogszabály tartalmilag kötetlen, bármi – ha tartja magát a eljárásrendhez – legális lehet, ergo legitim. Kelsen persze úgy vélte, hogy minden – éppen a demokratikus eljárás szükségszerűsége okán – nem önkényt eredményez, mert amennyiben a jog oka immáron kizárolag az emberi tételezettség, akkor valóban minden megtehető, de az emberek csak annyit tesznek meg, amennyi az érdekkükben áll. „Az állam mi vagyunk”²¹ – ez a demokratikus kitétel lenne e kelseni államelmélet maximája és önkorlátja. Bármi megtehető – de ha mi vagyunk az állam, akkor nem teszünk olyat, ami ne állna érdekkünkben.

Amennyiben minden, amit az emberek tehetnek, legitim lehet, és amennyiben minden, ami jogszabály (tehát legális), az eleve – a mondat első része okán – legitim, akkor a legitimításnak immáron semmi (önálló) értelme nincs. Carl Schmitt képes volt azonban érzékelni ennek hiányát, a jog nála ugyanis a rend képe, és a jogszabály csak akkor legitim, ha tartalmában eme rendnek megfelel. A jogszabály legitimításának kérdése ontológiai kérdés. Legalitása pedig episztémológiai kategória. Kelsen csak ez utóbbi érdekelte: éppen ezért a jogéletet meglehetősen redukáltan észleli („jogtalanított jog”).

A pozitivizmus számára a jog oka egy döntés – a jogalkotó jogalkotó döntése –, s eme döntés eredményét, a normákat kezeli aztán normativistaként.²² Kelsen – mivel a jog forrását a politikum tetszőlegességéhez köti²³ – nem tudja a létrejött rendszer (s pláne nem a rendszer létrejövetelének²⁴) érvényességét megmagyarázni: az érvényességet nem a rendszerre, hanem az egyes normákra – így a rendszeren belülre – szorítja. A rendszert – mivel minden

¹⁹ Schmitt 1996, 13-14., ill. Schmitt 2003, 238. et passim.

²⁰ Ooyen 2009, 35.

²¹ Kelsen 1933, 23.

²² A pozitivizmus ezért a normativizmus és a decizionizmus keveréke, vörös Schmitt 1993, 27.

²³ Kelsen 1914, 217.

²⁴ Egyenesen jogászilag meg nem ragadható misztériumnak minősítette annak kérdését, hogy miként jön létre a legális rend (Kelsen 1923, 334.), s amennyiben valóban semmiféle megelőző entitást, semmiféle legitimítást nem feltételezünk – mert mindenzt belemossuk a legalitásba, azaz eleve csak a már létrejött rendszer vonatkozásában észleljük –, akkor egy jogász számára valóban érthetetlen tényfolyamat marad a(z ex nihilo) jogszületés.

legitimációs alaptól megtisztította – csak egy később általa is egyértelműen *fikció*nak nevezett²⁵ hipotetikus alapnormával tudta lezárti.

Ezzel szemben Schmitt korai életművében éppen a jogeszme – mint a jog forrása és lényege – áll a középpontban. Eme ifjúkori elméleteiben a természetjog számos tulajdonsága megfigyelhető. Schmitt később közeledett a korai elméleteiben még bírált decizionista-voluntarista álláspontokhoz, hogy aztán mintegy szintézisként feloldja e két ellentétes véleményét az V. fejezetben ismertetendő „konkrét rend” gondolatában. A jogrendszer és az alkotmány stabilitását biztosító intézményi garancia fogalma is egyfajta szintézis, elvégére éppen az intézmények fogalma adott lehetőséget a bonni alkotmánybíróságnak az Alaptörvény szerkezetét a tetszőleges változtatásoktól megvédeni, anélkül, hogy ehhez metajurisztikus érveket kellett volna felhasználnia.

Schmitt korai idealista jogképe az alábbi premisszákra épült:

1. *A jog nem hatalom*. A pozitivizmus számára a jog oka a jogalkotó akarata – márpedig azon akarat tud jogalkotni, amely hatalommal bír. Eszerint egy adott térbeli adottságon (országon) belül az lenne a jogalkotó, aki hatalommal bír – nem a jog a hatalom forrása, hanem a hatalom a jog forrása egy ilyen koncepcióban. E felfogás nem teszi fel a hatalom legitimitására irányuló kérdést, ám ezért nem is tudhatna különbséget tenni egy rabló és a NAV-tiszttségviselő pénzkérő felszólítása között. „Ha a jogot hatalomként definiáljuk, az már lényegileg nem is norma akkor”, írja az ifjú Schmitt ennek kapcsán.²⁶ A hatalom ugyanis ténykérdés – annak kérdése, hogy ki van azon politikai, gazdasági és egyéb lehetőségek, eszközök birtokában, amelyek lehetővé teszik valamely akarat megvalósítását. A pozitivizmus voltaképp az egyik ilyen eszköznek véli a jogszabályt, amelynek ennek megfelelően oka (forrása) a hatalom, célja pedig eme hatalom biztosítása. Igen ám, de a hatalom, ugyanúgy, mint az akarat *Sein*-jelenség. Azaz amennyiben a pozitivizmus voltaképpen az állam parancsához, a jogalkotó akaratához – annak (nem lévén más mércéje) tényszerűségéhez – kapcsolja, köti a jogszabályt – amely viszont, mint tudjuk, normakijelentés, tehát *Sollen*-tételes –, akkor valójában éppen Kelsen – és nem az általa evvel egyébként gyakorta megvádolt természetjog – esik a naturalista hiba „bűnébe”. A naturalista hiba, mint tudjuk, akkor valósul meg, ha egy *Seinból* (hatalom, akarat, tények stb.) egy *Sollenre* (jogszabály) következtetnek. Persze Kelsen – éppen azért, hogy elkerülje ennek el- s beismérését – bevezeti a látszólag

²⁵ Kelsen 1979, 206.

²⁶ Schmitt 2004, 28.

szintén *Sollen*-szférában hagyott hipotetikus alapnorma fikcióját. Kelsen tehát – tagadva bármiféle *überrechtlich* létező (érvényes) norma vagy a szabályozandó anyagban immanensen jelenlévő normatív rendszerszerűség létét – az alapnorma – módszertanilag amúgy érthető és szükséges fikciójával – kívánja a jogrendszer érvényességét „rövidre zárni“ – de valójában a jog kicsúszik a *Sein* szférába mint akarat. A politikai akarat ugyanis ugyanúgy *Sein*-jelenség, mint a végrehajtás mozzanata.

2. *A jog normatív idea*. A jog oka, forrása nem lehet a ténylegesség, az állam vagy bármilyen más politikai entitás akarata: „Ha a jog a tényekből levezethető, nincs jog” – írja Schmitt, rámutatva a jog normatív zártsgárára.²⁷ A pozitivisták azt szokták állítani, hogy a természetjogászok a tények világából (természet) akarnának normákat kisajtolni – azaz két létszféra között ugrálnának. Fentebb azonban éppen azt bizonyítottam, hogy a „naturalista hiba” – a tényből az értékre való következtetés – nem a természetjogé – amely eleve érték, és éppen ezért nem hagyja önnön érvényét (értékét) a tények esetlegességétől, önkényétől befolyásolni –, hanem ama pozitivizmusé, amely a jogot a hatalomból eredezeti. A korai Schmitt – amint a természetjog is – a jog normativitását nem a hatalom erejéből – azaz valami faktualitásból – magyarázza, hanem eszmeként, értékként fogja fel, így a jog normativitása nem relatív, nem egy tételező tényhatalom, tényhelyzet függvénye, hanem abszolút módon kötelez mindenkit, mindenhol s mindenkor. Schmitt a hatalomelmélet kritikájában egy nagyon szigorú *idealista normativizmust* dolgoz ki, ami szerint „a jog egy absztrakt gondolat, amely tényekből nem levezethető, és amely tényekre nem hat ki”²⁸ A jognak ugyanis nem az akarat az oka, és nem az akarás a feladata: a jog feladata, hogy jogszme legyen – normatív jogszme, amit bár megvalósítani lehetünk kötelesek, de amely jogszme nem azért normatív, mert megvalósítatik vagy sem, hanem mert egy eleve *in se* érvényes normatartalom. „A cél azonban nem alkot jogot, mert a jog öncél” – írja a fiatal Schmitt naplójában a jogról gondolkodva.²⁹

3. *Az állam feladata ennek megfelelően a jogeszmé megvalósítása*. A jog önnön érvényesülése nélkül is érvényes. A jog érvényes. Nem azért – ahogy Kelsen magyarázza a normák érvényességét –, mert tételezték volna, nem is azért, mert hatékony lenne, hanem egyszerűen *önmagá jogán (per se)*. Természetesen bármely evilági *Sein*-tett csak akkor legitim, ha eme eleve normatív jogeszmének megfelelően jár el. Tehát a jogeszmé létenek (érvényességének)

²⁷ Schmitt 2004, 36.

²⁸ Schmitt 2004, 42.

²⁹ Schmitt 2005, 65.

eszerint nem lenne feltétele az állam általi érvényesítése – miközben az állam létének alapja a jogszerűsége. Az állam államisága egy tőle független autoritás (jog) *derivátuma*³⁰ – az állam tehát tényleg *vagy legitim* (és akkor jogszerű), *vagy nem állam*, hanem kiterjedt rablóbanda, esetleg más egyéb szervezett összeverődöttség. Az állam faktuális ténye azáltal nyer jelentőséget – értéket –, hogy a jogot valósítja meg: „Nem a jog van az államban, hanem az állam a jogban”.³¹ Ennél a schmitti mondatnál világosabban nem is lehetne megfogalmazni egy nem-etatista természetjogot. Az állam feladata tehát, hogy a normatív eszmének akaratot kölcsönözzön: a normatív eszme az állam akarata nélkül is persze érvényes – nem az teszi érvényessé tehát a jogot, hogy az állam tételezi –, de az állam biztosítja számára, hogy megvalósuljon. A jognak azonban nem fogalmi eleme – *Sollen* lévén – a megvalósulás: a jog akkor is érvényes, ha senki sem érvényesíti, s akkor is érvényes, ha valamilyen hatalom vele ellentétes tartalmat érvényesítene. A jog érvényessége eszerint semmiféle tényhelyzettől nem függ, így sem a kényszer, sem az akarat, sem a megvalósulás nem lenne fogalmi eleme a jognak. A korai Schmittnél az állam hatalma nem *in se* áll fenn: az állam érvényes hatalmának oka nem hatalmának ténylegességében rejlene, hanem abban, hogy az érvényes jogot valósítja meg.³²

4. E korai schmitti koncepció annyiban azonban mindenképp közjogi – tehát hierarchiát feltételező –, hogy az egyént voltaképp – amint ki is mondja – a jog konstrukciójának tartja: azaz – ahogy az az emberi jogok Giorgio Agamben biopolitikai ihletettségű kritikájában is (minden bizonnal nem éppen konzervatív éssel) megfogalmazódik³³ – *az egyén jogai az állam konstrukciói*. Az állam jelöli ki a juttatott jogok és kötelezettségek révén az egyén helyét a közösségen belül: „Az objektíve érvényes normát teljesíteni, az egyén szempontjából nem jelent mást, mint saját szubjektív, empirikus valóságát megtagadni.”³⁴ Ha ugyanis a jogeszme a regulatív erő, akkor államnak és egyénnek fel kell adniuk faktuális / biológiai esetlegességeiket ahoz, hogy a jogeszme meghatározta érvényes, immanens létrrend részesévé váljanak.

³⁰ Schmitt 2004, 50.

³¹ Schmitt 2004, 52.

³² Schmitt 2004, 71.

³³ Vö. Agamben 2002, 127-139. et passim.

³⁴ Schmitt 2004, 89.

I. 3. A természet mint norma

Szükségesnek látszik ehelyütt – még egyszer hangsúlyozva a természetjog normatív és a pozitivizmus szinkretista jellegét – bemutatni a pozitivizmus és a természetjog eltérő természetkoncepcióját.³⁵ Kelsen szerint a természet „[a] tudomány szemszögéből [...] nem más, mint az okozatiság törvénye által egymáshoz kapcsolt tények halmaza”.³⁶ Ennek megfelelően a természet a fizikai, biológiai, kémiai tények világa lenne – megismerése tehát ezen tudományok módszereivel, leírása pedig ezen tudományok törvényeivel lenne megvalósítható. A természettudományok törvényei azonban egészen más szerkezetűek, mint a jogi szabályok, mert nem azt írják elő, aminek lennie kell, hanem azt, ami – a megismerés után megállapíthatóan – *van*. A Kelsen által értelmezett természeti törvények eleve olyan folyamatokat, tényeket írnak le, amelyek leírásuk nélkül is fennállnának, bekövetkeznének. Nem azért esik le az alma a fáról, mert Newton kimondta volna ennek törvényét; Newton pusztán felismert valamit, ami egyébként a mi tudásunk és akaratunk nélkül (sőt: esetlegesen ellenkező akaratunk vagy tudásunk ellenére is) megtörténik.

Kelsen szerint a természetjog a fizikális világ törvénye. Eszerint az lenne a természetjog, hogy például az elejtett üveggolyó lefele zuhan és nem felfele. Mivel ez mindig így fog történni – és ha egyszer mégsem így történne, az sem a mi akaratunk miatt lesz –, felesleges lenne normatíve egy ilyen szabályt előírni. Mi haszna volna egy olyan jogszabálynak, amely azt mondána ki, hogy minden elejtett testnek a föld felé *kell* esnie? Kelsen szerint a természetjog a fizikális törvényszerűségekhez hasonlóan társadalmi, humán törvényeket is a természetbe projektálna – majd azt ekként természetesnek vélté, immár jogi törvényként fogalmazná meg. Kelsen szerint azonban 1. ha a természetjog felismerései valóban természetesek (tehát, hogy például az öngyilkosság természetellenes tett), akkor felesleges előírni, mert eleve érvényesülni fognak, 2. ha viszont nem természetes oly módon, ahogy a fizikai törvények, akkor viszont egy *Sollen*-kijelentést *Sein*-kijelentésként tüntet fel, majd onnan visszaforrásolta a *Sollen*-kijelentéssé. Az első esetben gyakorlatilag, a második esetben pedig tudományosan lenne hibás a természetjog állítása.

Kelsen azonban olyat feltételez a természetjogról, amit az egyébként magáról sohasem állított. Nem a természetjog értelmezi fizikai tárgyszerűségében a természetet, hanem a természetjog kritikusai tesznek így.

³⁵ Erről részletesebben ld. Frivaldszky 2005, 15-27.

³⁶ Kelsen 2003, 352.

A hagyományos természetjogi koncepciók elfogadottságának lehanyatlásával – ahogy Ernst-Wolfgang Böckenförde írja –

„a természetet radikálisan eltárgyiasították, és immáron csak a dolgok külsődleges megjelenését jelentette. [...] A természet telos és értelem nélkül maradt. [...] [A]z ekképpen [ergo pusztán fizikailag] felfogott lét [*Sein*] semmiképpen sem tette már lehetővé, hogy benne holmi jót fedezhessünk fel, vagy megalapozásképpen belőle egy *Sollent* levezessünk”.³⁷

A természetjog tehát nem állította, hogy 1. az általa felismerni vált immanens normák fizikai törvényszerűségek lennének (és a család szabályszerűsége ekként a földre hulló almáéhoz lenne hasonlatos), ill. 2. a természetjog azt sem állította, hogy az általa felismert immanens normatartalmak *Sein*-kijelentések volnának. A természetjog a *Sollenjét* nem a *Seimból* – az emberi akaratból, amint Kelsen még a természetjog ellen írt rövidke cikkében is teszi – vezeti le, hanem azt, ami *helyes*, akár eme *Seinnal*, tehát az emberi akaratok tényszerűségével is szembehelyezi.

A természetjog normái nem fizikai értelemben, hanem a *helyesség* értelmében természetesek. Ha valaki megkérdez engem, hogy „kérek-e kávét”, s én azt felelem erre, hogy „igen, természetesen”, azzal nem azt akarom kifejezni, hogy a kérdező fizikai törvényszerűséggel adja nekem a kávét – hanem azt, hogy helyes a gondolata, valóban arra van szükségem, valóban a kávé elfogyasztása felel meg az éppen ottani és akkor immanens létállapotomnak. Normatíve, értékelő és nem leíró módon jelentem tehát ki, hogy „természetesen kérek kávét”, normatíve értem, hogy „barátom természetesen kávéval kínált”. A természetjog azt vallja, hogy minden dolognak, minden élethelyzetnek megvan a maga helyessége. E helyesség normatív fogalom, tehát nem kötelez fizikai törvényszerűséggel. A természetjog természetfogalma éppen nem tény-, hanem mérce- (ekképpen normatív) fogalom. Hannah Arendt írta egy helyütt példaként a tényszerű természetesség és a normatív (helyes) természetesség különbségére a magas sarkú cipő példáját. Arendtnek volt egy magas sarkú cipője: legtöbbször lábbeliként hordta – mert az volt az immanens rendeltetése, tehát a helyes használata, ekként a természetessége eme cipőnek –, de néha – kihasználva a magas sarok előnyét – akár szöget is be tudott (volna) verni vele. A magas sarkú cipővel történő szögbeverés azonban nem természetes. Pedig ha lehet – márpédig lehet –, akkor természetes. A pozitivizmus tehát nem tudná megmondani, hogy mire is való (mire teremtetett) a magassarkú cipő, mely használat (a lábbeliként vagy a kalapácsként való) felel-e meg a rendeltetésének. Ez alapján tehát ugyanolyan természetes lehetne a magassarkút cipőként

³⁷ Böckenförde 2006, 69.

hordani, mint szög beverésére használni. *Anything goes*. Ez már a posztmodernitás paradigmája. Hogy minden, ami megtehető, azonos értékkel megtehetőnek ítélnünk.

E koncepciót ha a jogra vetítjük, valóban oda jutunk, hogy minden életforma egyforma – korlát legfeljebb a fizikai világ lehet. A modernitás korában *emancipación*nak nevezett folyamat – annak túlpörgött szakasza – voltaképp nem szól másról, mint a meglévő – a hagyomány természetességére támaszkodó – „empirikus adottságok” lerombolásáról, azért, hogy végül *mindaz, ami lehetséges, egyben szabad is lehessen*.³⁸ A természetjog a természet emlegetése esetén nem a lehetőségekről, hanem a mércéről, a helyesről, a jóról szól. Valóban: maga a természet is képes megannyi elfajzást, zsákutcát, betegséget előállítani. A betegség jelensége is természetes.

Ám a természetjog arról szól, hogy különbség van betegség és egészség között, így a jog feladata az egészség támogatása és a betegség gyógyítása, kirekesztése, büntetése. A delegitimáció, dekonstrukció révén nincs fogalmunk azonban immáron a helyességről, így a jogokat tetszőlegesen szűkíthetjük (modernkori totalitárius diktatúrák) vagy bővíthetjük (emberi jogi túlhajtások). Ha nem tudjuk, mi az ember, mi a természet, mi az élet értelme és célja – azaz, ha úgy állunk neki közösségi ténykedésünknek, hogy semmiféle normatív mércével nem rendelkezünk –, akkor az ember valóban bármilyen semmi lehet, és ennek megfelelően a szabadság kiterjesztésének – és az evvel nyert új lehetőségek emberi jogiasításának – tényleg csak a fizikai törvények szabhatnak határt. A jog immár nem arra való, hogy általa az ember kiteljesíthesse önmagát. Mivel nincs normatív fogalmunk önmagunkról, csak pillanatnyi tényhelyzeteinket – így vágyainkat, ösztöneinket – ismerhetjük, és a jog forrásává – feltéve, hogy csoport- vagy egyéni érdekünk mögé megfelelő lobbi-tevékenység társul – pusztán ezt tesszük. A jog így lesz az emberi akarat alkotása. Tartalma ennek megfelelően az emberi vágyak folyamatosan szélesíthető pannója, ahogy Milan Kundera írja:

„Az ember jogkörébe vonta a világot, és mindenből jogot csinált: a szerelmi vágyból jogot a szerelemre, a pihenést követelő vágyból jogot a pihenésre, a barátságot szorgalmazó vágyból jogot a barátságra, a tiltott sebességgel száguldás vágyából jogot a tiltott sebességgel való száguldáshoz, a boldogság vágyából jogot a boldogsághoz, a könyvkiadás vágyából jogot a könyvkiadáshoz, a vágyból, hogy valaki éjjel a téren üvöltözzön, jogot a téren való üvöltözéshez.”³⁹

³⁸ Depenheuer 2009, 87.

³⁹ Kundera 2007, 189.

Míg nem tudjuk megmondani – normatíve –, hogy *mi* az ember, a jogok katalógusa tetszőlegesen bővülhet⁴⁰ – vagy akár szűkülhet. A posztmodern nem csak a totális szabadosság, de a teljes jogfosztottság lehetőségét is magában rejtí.

Michel Foucaultnak Mark Lilla által szellemesen idézett példáját idézhetjük fel ennek kapcsán, aki az elsők között kapta el a nyolcvanas évek új betegségét, az AIDS-ként megismert vírust. Foucault AIDS-betegségében az az „érdekes”, ahogyan az akkor már San Franciscoban élő francia filozófus reagált állapotára: „*Je n'y crois pas.*” Foucault egyszerűen *tagadta* (nem hitte), hogy beteg lenne, és az új betegséget a fennálló társadalmi rend szempontjából vélte csak abnormálisnak. Megelőző könyveiben is azt igazolta, hogy az elmebetegségek sem *in se* betegségek, csak a fennálló társadalmi viszonyok elnyomó ítélezésében számítanak annak. Úgy vélte, a haladó közvélemény feladata, hogy *emancipálja* az AIDS-betegséget is, a vele szembe állított egészség dekonstruálásával. Mark Lilla írta ennek kapcsán:

„Ha elhisszük, hogy minden »diskurzust«, ami a betegségről szól, a társadalom erői konstruálnak, és azt is, hogy az ember esztétikailag bármilyen »ellendiskurzust« képes létrehozni, akkor könnyen meggyőzhetjük magunkat arról, hogy bizonyos értelemben legyőzhetetlenek vagyunk.”⁴¹

A vág, ami Foucault „Nem hiszek benne” felkiáltásából kicseng, nem más, mint hogy a természetjog nem a helyességet, nem az egészséget védi, hanem csak a fennálló társadalmi rendet. Ezen érv Kelsennél is megjelent, aki – ideológia-kritikájában dekonstruálva – szintén hatalomlegitimációs eszközöt látott minden természetesnek, organikusnak vélt jogi-állami legitimításban.⁴²

Nos, összefoglalásképpen megállapíthatjuk, hogy – a közkeletű tudományos vélekedésekkel szemben – 1. Kelsen pozitivizmusa követi el a naturalista hibát, és 2. a természetjog természetfogalma normatív, és a nem fizikai értelemben vett igazságot, helyességet jelent. A jogkritikai mozgalom állításai – hogy a jog a fennálló osztály vagy hatalom pusztá erőszakeszköze lenne – éppen ezért csak a pozitivizmus teremtette jogi környezetre illhetnek, mert 1. ebben a jog valóban pusztán emberi akarat (ergo erőszak), 2. és mivel a jog forrása a hatalom, így a jog tényleg nem más, mint a hatalommal bíró embercsoport „törvényre emelt akarata”, következésképpen 3. éppen ezért lesz és lehet az uralkodó osztály szempontjából

⁴⁰ Dijon 2009, 16.

⁴¹ Lilla 2005, 211.

⁴² Kelsen 2003, 356.

osztályuralmi, az elnyomottak szempontjából osztályelnyomó eszköz. A pozitivizmus teremtette meg azon feltételeket – az államiság esetén az előzetes közösségi kötelekek tagadásával, a jog vonatkozásában pedig a legitimítás felszámolásával (a helyesség megkérdőjelezése révén) –, amelyekre vonatkozhatnak a posztmodern jogkritikai megállapítások.

II. A pozitivista joglogika hiányosságai

A tételezett jogot és annak rendszerezett tudományát, a jogpozitivizmust áthatja a logikai következetesség igénye: a jogszabályok egymáshoz való viszonya és azok értelmezése logikailag meghatározott eszerint. Mindazonáltal a jogszabályok – és különösképpen értelmezésük – értelme a társadalmi valóságra, a társadalmi változásokra való reagálás. Mivel a társadalom – ellentétben a tételezett jogrendszerrel és az érvelés- és értelemezéstán zárt szabályaival – nem logikai rendszer, nem logikusan adódnak a kihívások, így a válaszok is a logikai értelmen túl beleérzést és egyéb megértési módszereket is igényelnek. Miközben vitathatlan, hogy a jogbiztonság igénye egy zárt értelmezési keretben biztosíthatóbb – ám a társadalmi valóság érzékelése ennél összetettebb, nyíltabb, akár rendszertelenebb megértési módokat (mint a jogra specifikus logikát) tesz szükséges.

II. 1. A jogi axiomatizmus zártsgája

A logika a maga egyértelműségében mindenkor mércéül és eszközül szolgált a különböző tudományok számára. Nem csak a matematika világában, de a reáltudományokon kívül is cél lett az adott tudomány tárgyának logikai rendszerezése. Ezt nevezhetjük *axiomatizálásának*. A cél egy olyan logikailag zárt jogi gondolkodás, rendszer megalkotása, ahol szükségszerű következtetések láncolata eredményezné az eredményt. Az ember szerepe pedig pusztán a felismerésre, s nem a teremtésre szorítkoznak.⁴³ Mit is jelent ez? Az axiomatikus rendszerben axiómák és teorémák vannak. Az axiómák „definiálatlan definíciók”, amelyek az egész rendszer hallgatólagos jelentését adják. Ezen axiómákból teorémákat vezetünk le: az adott szükségszerűségek felismerésével, a teorémák nem rendelkeznek önálló létokkal, létek az axióma(k)ból nyert. Ezt a kibontási folyamatot nevezi a jog területén Ulrich Klug „láncbizonyításnak”, amelyben a rendszer fogalmainak meghatározása a „definiálatlan definíciók” révén történik („láncdefiniálás”).⁴⁴ Ez egy körkörös bizonyítást eredményez, ahol voltaképp semmi sem igaz vagy hamis, mert nem a valóságnak, hanem az emberi fantáziának, a fogalmi rendszert teremtő intellektusnak a teremtményei. Például a jogállamiság kifejezését olyan fogalmakkal szoktuk definiálni, amely kifejezések logikailag voltaképp a jogállamiság axiómájának teorémái. Felállítunk axiómákat, levezetünk belőlük teorémákat, s aztán ezen teorémák segítségével definiálni véljük axiómáinkat is. A vahingeri *Ideenverschiebung*⁴⁵ logikai leírása mindez. Mondhatom tehát, hogy az én rendszeremben a jogállamiság „szükségszerű következménye”, hogy minden körte alma, s utána kijelenthetem, hogy ahol nem minden körte alma, az nem is jogállam. A logika mindezt önmagában hordozza, hiszen – amint Carl Gustav Jung írja – „[a] logikának sehol sem kell elhajlania, minthogy az egyoldalúság már a premisszában benne van”.⁴⁶ Azonban tán a túlzó példa is rámutat arra, hogy a *logizálás* nem a jogban, nem a társadalomtudományokban, hanem a matematikában lehet csak követendő példa.⁴⁷ A természet szükségszerű adottságait a természettudományok tárrák fel. Okokat és okozatokat keresnek. A jog világában viszont nincs semmi olyan, amiből bármilyen szükségszerűen (kauzálisan) következne. A jogban célok és eszközök vannak; a célok az emberi tudat s akarat jelenségei, az eszközök pedig az ezekhez kapcsolódó aktív

⁴³ A jogtudomány logikai felfogásáról ld. Varga 2004, 348ff.

⁴⁴ Klug 1982, 15-16.

⁴⁵ Vaihinger 1920, 220. et passim

⁴⁶ Jung 2006, 120.

⁴⁷ A két „világkép” eltérősegéről ld. Szabó 2001, 17-18.

akarat. A jog tehát nem természettudomány, hanem – Rudolf Stammller kifejezésével elve – céltudomány.⁴⁸

Nos, a valóságot vagy megfigyeljük, vagy akarjuk. A megfigyelő tudományok szükségszerűségekkel foglalkoznak, olyanokkal, amelyek a jogban nincsenek. Nem állíthatom azt, hogy egy törvény és annak (állítólagos) alkotmányossága / alkotmányellenessége úgy viszonyulna egymáshoz, mint a felforralt víz és a gőz.

Ha kilépünk az I. fejezetben ábrázolt korai schmitti elméletekből, és a jogot a pozitív jogként értjük, akkor ott tényleg az akarat játssza a főszerepet.⁴⁹ A pozitív jogban nincsenek belső törvényszerűségek; a jogban vélemények vannak, érvek s ellenérvek.⁵⁰ Nemcsak a jog érvényre juttatásakor, de születésekor is az akarat játssza a főszerepet. Míg a természettudományok következményei (felfortt víz) szükségszerűek, tőlünk függetlenek, addig a jog *Sollen* világában a következmények akartak. Carl August Emge is rámutat a természet- és humántudományok közötti különbségre.⁵¹ A matematikában alapfogalmak és alapdefiníciók igazként elfogadása által egy saját rendszert teremthetünk, amelyet a teremtett rendszer belső logikájával kibontunk és magyarázunk. Ezen módszer deduktív, absztrakt, nincs közvetlen referenciája a valóságban. A történelem (Emge a történelmet tekinti a humántudományok ideáltípusának) a meghatározandóból indul ki, hogy annak révén próbáljon fogalmakat meghatározni, s azokat a meghatározandóra visszavetíteni. Itt a kiindulási pont tehát nem adottként elfogadott, hanem kérdéses és így meghatározandó. Ezen módszer induktív, konkrét és referál a környezetére.

Leegyszerűsítő lenne persze, ha azt állítanánk, hogy a reáltudományok a szükségszerűségek világával, míg a humántudományok a szabadságéval foglalkoznak, hiszen a matematikai axiómák felállítása „teljesen” önkényesen, szabadon történhet, s így szabadon teremthetünk magunknak egy rendszert, ami aztán a belső törvények okán „szükségszerűen” működik. Ezzel szemben a humántudományok szükségszerűségeket (egy konkrét történelmi esemény okát, indítékát stb.) keresik, de a fogalmi világuk nem belső szükségszerűségek, hanem a szabad fantázia „eredményei”. A matematika a maga (belülről) biztos rendszerével biztos tudást ígér – ez az, amit a szellemtudományok művelői elrigyelnének tőle. A történelemnél ezzel szemben „[a] nyerhető összefüggések *rejtélyek összefüggései*. Csak az »elképzelés« ismeri ki magát”.⁵² Egy történész elvileg feltételezheti, hogy egy csata szükségszerű (mert

⁴⁸ Vö. Stammller 1911, 55-58.

⁴⁹ A jog és az akarat (erő) kapcsolatáról és annak kritikájáról ld. a harmadik fejezetet.

⁵⁰ Stammller 1911, 69.

⁵¹ Emge 1967, 2-3.

⁵² Emge 1967, 2. (kiemelés tőlem)

faktuális) tényéből a fantázia, a szabad szellem révén megtalálhatja mondjuk e csata valós okát, mely ok már ismét szükségszerű lesz. A történész anyaga tehát a *Sein* világából származik, a jogászé viszont a *Sollen*éből (noha – amint látni fogjuk – a jogi *Sollen* nem választható el a *Seintől*). Ennyiben még lehetne is a matematikai logika a jog eszköze – csakhogy a matematika nem lép ki saját fiktív világából, a jog viszont (hatását és céljait tekintve) igen, ezért nem egy steril, hanem reflektív eszközt kell magának találnia.

II. 2. A jog saját logikája

Ulrich Klug szerint csak akkor beszélhetünk jogtudományról, ha van a joghoz egy logikailag strukturált szimbolikus narrációt. Ennek megfelelően például a „jogállam” fogalma ugyan egy szimbolikus narráció (hiszen nem valóság), de egy *rendszer-narratíva* részeként logikailag már valóságos jelentést nyer.⁵³ Ezt a rendszer-narratívát a logisták a jog *mint olyan logikai leírásának* tartanák. (Azaz a „jogállam” szimbolikus, tömörített kifejezéséből valóban „szükségszerűen” származhatnának következmények.) A jogi realisták számára e szimbólumvilág viszont fikciók és mítoszok „racionalizálási kísérletének” tűnik.

Klug szerint minden tudománynak saját szaklogikával kell bírnia, amelyben a formállogika adja a logikai rendszerezést, és a tudományspecifikus (tehát pl. a jognál jogias) axiómák karakterizálják a rendszert. Magyarán: jogi fogalmakkal játszunk, de a játékszabályt a logikai axiómák adják.⁵⁴ Az ilyen kalkulizált jogi rendszer minimálesete, ha az egész rendszer összesen egy darab nem-logikai axiómát tartalmaz premisszaként.⁵⁵ Klug azt állítja, hogy voltaképp a jog jelenleg is az általa leírtak alapján működik (kvázi-axiomatikusan), hiszen a jogászi munka ma is következtetésekkel áll, márpédig ez csak egy logikai-axiomatikus rendszerben lehet igazán tökéletes. A jelenlegi kvázi-axiomatizmust kell csak csiszolgatni, s az átlépés az axiomatizmusba már „elméletileg nem is olyan nagy”, hiszen a jog ideája és gyakorlata már ma is errefelé tendál.⁵⁶

Nos, éppen ezt az érvet támadja meg Chaïm Perelman, amikor kimutatja, hogy 1. a jogi gondolkodás nem következtetések láncolata,⁵⁷ illetve hogy 2. a logika nem csak az arisztotelészi Organonban leírt analitikus módszert jelenti, hanem a dialektikus módszert is. A jog Perelman szerint – s eddig a logisták is igazat adnának neki – bizonyításokból áll. Állítok valamit, s azt bizonyítani akarom. A bizonyítás azonban nem csak az eredménnyel és annak formalizálásával azonosítható, hanem az egész egy komplex pszichológiai, szociális és kulturális kutatás. Ezen kutatás a dialektikus bizonyítás, amely a meggyőzést, a kritikát, a reflexiót és az érvelést foglalja magában. Ez a bizonyítás (*enthymen*) Arisztotelésnél ugyanúgy logikának számított, mint az Organonban leírt analitikus módszer, ahol premisszákóból jutunk szükségszerű eredményekre, s ahol e premisszák tartalma irreleváns.

⁵³ Leibniz célja a tudományosság ilyen jellegű szimbolikus nyelvezetének a megteremtése volt (*characteristica universalis*), ahol fogalmi kalkulációk révén gondolkodnánk (*ars combinatoria*).

⁵⁴ Vö. Klug 1982, 16.

⁵⁵ Klug 1982, 195.

⁵⁶ Klug 1982, 196.

⁵⁷ Vö. Perelman 1979, 13.

Ezen tartalmi irrelevancia miatt lenne alkalmatlan az analitikus módszer a jog saját belső működtetésére – hiszen a jogban a *cél*, amit el kívánunk érni, igencsak fontos, s nem csak az elérés technicizálása. Ahogy Perelman írja:

„A szillogizmusban a premisszáktól a következtetésbe való átmenet szükségszerű. Az érvek átmenete egy döntésbe már egyáltalán nem ilyen szükségszerű: ha ez lenne a helyzet, az ember nem egy valódi döntés előtt állna.”⁵⁸

A jogban pedig – amint azt Carl Schmitt-től is tudhatjuk – dönteni kell, s ezen döntésekknél nem bújhatunk „szükségszerű fogalmak mögé”, mert – amint Varga Csaba helyesen megállapítja – „a jognak (...) nincsen semmi egyebe: nincsen hát semmiféle mechanicitással vagy önmagából adódó alternatívatlansággal érvényesülő kényszerítő ereje sem.”⁵⁹

Azaz a dialektikus módszer adja meg az embernek a szabadságot, de egyben a felelősséget is. A jog azonban nem önműködő eszköz, hanem hosszadalmas és fáradtságos gondolkodás eredménye. Ezt az utat egyetlen kultúra sem spórolhatja meg magának, átveve más kultúrák „kiizzadt” válaszait: az importált válaszok ui. egészen más jelentéssel, értelemmel bírhatnak, mint megszületésük eredeti környezetében. A jog mindenkor egy konkrét problémára reflektált, s arra kívánt megoldást találni. Mivel koronként és helyenként a problémák is eltérőek, a válaszok sem ültethetők át. A jog egy folyamatos reflexió. Nem formállogikai rendszer, hanem válasz, érv, meggyőzés. Ezen dialektikus módszer – amely azonban szintén logikai módszernek tekinthető⁶⁰ – lehet a jogi gondolkodás sajátja. Mert az argumentáció a joglogika sajátossága, s nem a mechanikus következtetések láncolata.⁶¹

Mégis igen elterjedt az a vélemény, hogy a logikát csak a formállogikával azonosítsuk, s így a joglogikát a formállogika alapján, annak egyik „alfajaként” építsük fel. Azonban a matematika és a formállogika semlegessége nem illik a jog funkciójához. Végtére is a joggal nem egy logikai világot kell működtetnünk, hogy aztán ott játszadozhassunk fogalmainkkal, hanem a társadalmi valóságot akarjuk valamiféle „jó” irányába szervezni. A jog tehát gyakorlati tudomány. Így az, ami a matematikai-formállogikai módszer előnye (lenne), azaz hogy tárgyat mindenféle azonosulás, értékelköteleződés nélkül tudja szervezni (hiszen a matematikai világképben egy érv releváns vagy irreleváns lehet ugyan, de nem helyes vagy helytelen⁶²), a jogban haszontalan, sőt káros. Ilyen értéksemlegesség a jogban nem előnyként, hanem vakságként jelentkezik. Ugyanis a jog egy társadalmi jelenség – a 17./18. századi

⁵⁸ Perelman 1979, 11.

⁵⁹ Varga 2006, 24.

⁶⁰ Perelman 1962, 221.

⁶¹ Perelman 1962, 222.

⁶² Perelman 1962, 220.

logizálási kísérletek után, ennek belátását nevezhetjük a jogtörténetben *funkcionális fordulatnak*. Ezen fordulat Savigny és Jhering nevéhez köthető.⁶³ Ők a jogban nem logikai rendszert, hanem a kultúra által meghatározott, a mindenkorai érdekeinket és értékeinket kifejezni tudó történelmi produktumot láttak.

A joglogika ennek megfelelően nem az analitikus módszer jogra történő alkalmazása, hanem egy olyan metódus, amely nem csak anyagát, de hivatását, célra rendeltetését, funkcionalitását is a jog sajátosságából nyeri. Rendezhetjük a jogot sokféleképpen, akár a formállogika alapján is (de akár a törvénykönyvek színe alapján is), ám ettől még módszerünk egyáltalán nem lesz jogi – pusztán *jogra vonatkoztatott*. Ergo a jog saját logikáját nem egy külső módszerben kell megtalálni. De hát akkor honnan? Nézzük, hogy mit tudunk! Tudjuk, hogy a jogban döntést kell hozni. Hogy ezt a döntést igazolni, alátámasztani kell. És hogy ez az igazolás az érvelésben történik. Ez az érvelés (argumentáció) a jog önlogikája. Giovanni Tarello egyik cikke nyomán 13 érvelési típust különböztethetünk meg a jogászi gondolkodásban⁶⁴ – úgy mint: 1. *argumentatio a contrario*; 2. *argumentatio a simili* (vagy analógia); 3. *argumentatio a fortiori* (*a minori ad maius*, ill. *a maiori ad minus*); 4. *argumentatio a complitudine*; 5. *argumentatio a coherentia* (nem logikai, hanem ideológiai érv, hiszen azon a jogi önideológián nyugszik, hogy a jog egy koherens rendszer); 6. pszichológiai érvelés (a konkrét törvényhozó akaratára irányul); 7. történeti érvelés; 8. apagógiai érvelés (vagy *reductio ad absurdum*); 9. teleológiai érvelés (a törvényhozó feltételezett céljára utal); 10. gazdasági érvelés; 11. *argumentatio ab exemplo* (vagy autoritatív érv, ugyanis egy tekintélyel bíró példából indul ki); 12. szisztematikus érvelés; 13. naturalista érvelés (azaz a „dolog természetére” hivatkozik). Tarello szerint „ezen érvek közül semelyik sem logikai”⁶⁵ – legalábbis a formállogika értelmében véve.⁶⁶

Ezen érvelések mögött mindenkorai értékítéletek vannak. Nem az értékítéletek változatossága a lényeg, hanem az, hogy ezek választásában – márpedig bármely választás egy másiknak az ellentéte – már semmiféle immanens logika nem játszik szerepet.⁶⁷ Hiszen a szillogizmus tartalmi irrelevanciája helyett a jogi argumentáció lényege nem az a végső pont, ahol – ha tetszik – a szillogizmus segítségével megkapjuk az eredményt, hanem a fő- és altétel igazolása, tartalmának megállapítása. A jogi döntés szillogizmusa csak az utolsó állomása a döntési folyamatnak, és éppen a legkevésbé lényegibb: a jogi döntés ugyanis nem ide, hanem

⁶³ Perelman 1979, 75-76.

⁶⁴ Tarello 1972, 104-108.

⁶⁵ Tarello 1972, 108.

⁶⁶ A jogi értelmezés elemzéséről ld. többek között: Pokol 2001, 232-258.

⁶⁷ Varga 2004, 467ff.

éppen a fölső és az alsó tételek megállapítására koncentrál, s e feladat nem logikai, hanem empatikus és retorikai készségeket igényel.⁶⁸ Erre pedig alkalmatlan a tiszta logika. Ide ugyanis olyan módszer kell, amely érezni és akarni tud, s nem csak következtetni. A német jogi terminológia „*Rechtsgefühl*”-nek nevezi ezt a beleérzési képességet – azaz „annak a művészetét, hogy helyes előismereteink legyenek”.⁶⁹

Kétféle tudomány van: gyakorlati (*phronesis, prudentia*) és elméleti (*epistema, scientia*). Az újkorban azonban csak a *scientia* lett a tudományosság szinonimája, és így a *prudentia* eltudományosítása, „*scientianak* való alávetése” lett a cél.⁷⁰ És ennek megfelelően a *jurisprudentia* is (amely nem *jurisscientia*) – amint Kriele írja – „olyan elvárásoknak vetette alá magát, amelyeknek a doleg természeténél fogva nem tudhatott megfelelni”.⁷¹ A *juriszprudencia* sem mellőzheti persze a tudományosságot, de ahelyett, hogy absztrakt tételek logikai játékává válna, inkább arra a gyakorlati kérdésre kell gyakorlati választ adnia, hogy „mit *ajánlatos* tenni?”. A jog feladata, hogy a konkrét esetben kell alkalmazhatónak, mégpedig célravezetően alkalmazhatónak lennie. A célok pedig esetől-esetre változnak. Mert nincs olyan objektív valóság, amelyet jogként azonosíthatnánk, amelyből valamilyen fejlett módszer birtokában lefejthetjük a jog mint olyan ún. válaszát. Morvai Krisztina egy korai cikkében, jogtudóstól szokatlan őszinteséggel ismeri el, hogy

„gyermeki rácsodálkozással szembesülök azzal, ami már eddig is »egy kicsit gyanús« volt: elköpzelhető, hogy »A JOG«, mint olyan, mint objektív, az emberi gondolkodásmódtól, szubjektív értékrendtől független, megtanulható, elsajátítható, és a (jogi) felelőssége kérdéseire öntörvényűen, egyetlen »jó« módon válaszolni képes zárt szabályrendszer talán nem is létezik. Érvek és ellenérvek léteznek, egy-egy lehetséges védhető álláspont, amelyet képviselője azzal kísérel meg elfogadatni, hogy »ez A JOG«”.⁷²

Az érvelés során nem biztos tudásra jutunk, hanem konszenzusra. Ahogy Kaufmann írja: „[A] jog (...) nem szubsztancia, hanem reláció; az emberek egymás közötti és a dolgokhoz való kapcsolatai azok, amelyek a jog tárgyát meghatározzák.”⁷³ És ezért segítheti elő az argumentációtan a valódi *juriszprudencia* feléledését. A posztkonvencionális társadalomban azonban, ahol nincs már közös jogérzék, nem lehet a hallgatólagos konszenzusban bízni, hanem döntéseinket alá kell támasztani. A posztkonvencionális társadalomban az egyes

⁶⁸ Vö. Varga 2000, 37-38. et passim

⁶⁹ Kaufmann 1997, 64.

⁷⁰ Vö. Kriele 1979, 17. o.

⁷¹ Kriele 1979, 18.

⁷² Morvai 1992, 62.

⁷³ Kaufmann 1997, 66.

jogképek szubjektívek, mégis meg kell találni azt a közös nevezőt, amely révén egy döntés „objektíve” elfogadhatóvá válik. Racionális igazolásra van szükség, s a pusztta érzés ehhez nem elég.⁷⁴ Azonban a modern államban egy *legitimációs paradoxon* alakul ki: ugyanis a közösen vallott értékek hiányában egyre inkább szükséges a döntések racionális igazolása, de mivel hiányzik a közös nevező, ez a legitimáció a legitimációs szükséglet növekedésével egyre nehezebb. Egy toleráns és multikonvencionális államban megszülető döntéseket – a legitimációs paradoxon okán – végül már csak vagy a pusztta erőszak „legitimálja”, vagy a korábbi, közösen vallott erkölcsökre valló visszatalás. Ez utóbbi esetben viszont a „toleráns állam” végső döntése ugyanúgy intoleráns és kizáró, mint a korai társadalmaké.

Az érvelés így a modern államokban egyre fontosabb szerephez jut. Hiszen az érvek voltaképp nem a döntést eredményezik a szükségszerűség erejével – amint a Klug-féle joglogikától azt várták –, hanem az ilyen s olyan okokból megszülető, ideális esetben hasznos és célravezető belső töprengésekből következhető eredmény igazolására valók.

⁷⁴ Meier 1986, 82.

III. Jogpozitivista alkotmány- és alkotmányozás-koncepció politikai bírálata a német decizionizmus és jogi realizmus irodalmában

Az alkotmány a jogpozitivizmus értelmében egy tételes jogi dokumentum, mégis alkotása, az alkotmányozás jelensége több pusztai kodifikációs problémánál, s a jog határviládjára, keletkezésére, s így létrenek értelmére irányítja figyelmünket. Ezért van a jogelméletnek mondanivalója ezen a területen (is). Normáink által normatív keretbe foglalt társadalmiságunkban hajlamosak vagyunk elfeledni, hogy a jog egy konstruált valóság, amelynek saját, önnön fennmaradását és működését biztosító szabályai csak a belső szemlélődő számára tűnhetnek valós céloknak, ám valójában azon végső értelemben eszközei csupán, amely a jog létre indokoltá teszi. Jogrendszerünk végső, a jogtudomány által még tudományosan érzékelhető forrása az alkotmány, de ennek alkotása a pozitivista jogtudomány hagyományos fogalmaival nem leírható folyamat, s ezért – amint Louis Favoreau írja – „az »alkotmány« tanulmányozásakor [...] a jogelmélet felé kell fordulni”.⁷⁵ Az alkotmány kapcsán – ez lévén egy jogrendszer utolsó eleme – gondolkodhatunk magáról a jogszületésről is, amelyben – állításunk szerint – az emberi szándék, a *Seint* és a *Sollent* összekötő képes *Wollen* (akarat) meghatározó. Megnézzük e fejezetben azt is, mit mond az alkotmányszületésről a normativizmus és az idealizmus, hogy aztán a jogi dekonstrukció és a realizmus irodalma segítségével, felvázoljuk a jog születésének faktuális folyamatát. Az itt levonható következtetések viszont nem számolnak az időbeliség dialektikájával, így konzervatív irányból korrekcióra szorulnak.

A III. fejezetben azon kérdés van tehát a középpontban, miként jön létre az alkotmány – azaz a schmitti értelemben vett politikai állapot – az alkotmányjogi normákon túl és azok felett. Az elemzés alapjául a *Verfassung* (azaz egy politikai döntés) és *Verfassungsgesetz* (azaz egy jogi szabályozás) közötti, Carl Schmitt által felállított megkülönböztetés szolgál. Az alkotmányi törvényt az alkotmányról szóló politikai döntés megelőzi, ennyiben a folyamat, hogy miként jön létre az alkotmányi törvény, nem a fennálló alkotmánytörvény normáiból érhető meg. E fejezetben ennek értelmében az alkotmány (mint *Sein*) és az alkotmányi törvény (mint *Solen*) létrejövetelének folyamatát a német jogtudomány decizionista elméletei alapján, különösképpen amiként ezek Carl Schmitt munkásságában megjelentek, elemzem.

⁷⁵ Favoreau et al. 2007, 51.

Először az alkotmány különböző aspektusai – azaz ami az alkotmány alatt érhető – dolgoztam ki: Egy realista alkotmányontológia csak egy egzisztenciális alkotmány-fogalom esetén lehetséges, amelynek – ellentétben az axiológiai (értékcentrikus) vagy normativista (normacentrikus) alkotmányfogalmakkal – az alkotmánynak politikai, reálisan létező állapotként való felfogása adja az alapját. Miközben az axiológiai alkotmányfogalom csak azon tartalmakat fogadja el, amelyek egy metajurisztikus Sollennek megfelelnek, a normativista alkotmányfogalom megmarad a létező jogrendszeren belül. Egy új alkotmány azonban nem holmi metajurisztikus Sollen metajurisztikus tartalma és nem is egy fennálló jogrendszer pozitív jogszabályai okán jön létre – hanem, amint egy realista ontológiában kidolgozható, politikai döntések alapján, amelyek nem Sollen-, hanem Sein-jelenségek. Ha a politikai döntés érvényre juttatja magát, létrejön az alkotmány (Verfassung), amely aztán önmagának alkotmányi törvényt (Verfassungsgesetz) ad. Az új alkotmány ekként se nem a korábbi, se nem az új alkotmányi törvény által nem meghatározott. A korábbi alkotmányi törvény elveszíti érvényességét, miközben az új alkotmányi törvény csak az új politikai állapotról szóló politikai döntés alapján igényelheti az érvényességet.

Itt tehát az emberi akaratot elemzem egy új alkotmány – annak léte és érvényessége – okaként. Egy ilyen decizionista perspektíva, amely a schmitti alkotmányelméletből kiolvasható, figyelmen kívül hagyja viszont a környezetet, mintha az új alkotmány egy „steril“, tetszőlegesen és önkényesen kitölthető „térből“ keletkezne. Egy új alkotmány azonban illeszkedik egy környezetbe, amely az alkotmány sikérét és érvényességét meghatározza: A politikai akarat se akarhat minden. Ebben az értelemben a decizionista alkotmányontológia – amely maga is metapozitív – a szintén metapozitívista alapon érvelő konzervatív kritikával relativizálható.

III. 1. Az alkotmány aspektusai

Ha az alkotmány fogalmát funkcionálisan nézzük, használhatjuk tértől és időtől elszakítva, hiszen minden ó- és középkori államszerű formációt találhatunk olyan jogi-politikai instanciát, amely a mai alkotmánnyal megfeleltethető.⁷⁶ Mégis igaz lehet, hogy „[a] modern alkotmányjog gyökerei az észak-amerikai és a francia forradalom alkotmányterveinél vannak”.⁷⁷ Az alkotmányok célja innentől a hatalom funkcionális megosztása és polgárok általi kontrollja, amely így valamennyi modern alkotmány immanens lényegévé vált.⁷⁸

A jogtudományi művek többsége *formális* és *materiális alkotmány* között tesz különbséget: míg a formális alkotmány egy meghatározott eljárási szabályok között elfogadott és alkotmányként nevesített jogszabály, addig a materiális alkotmány egy adott állam alapvető kérdéseit rendező, organikus szabályai.⁷⁹ Ebben a szellemben differenciál Horváth Barna is *anyagi* és *alaki értelemben vett alkotmány* között.⁸⁰ Az alkotmány ilyen jellegű megkülönböztetése azonban továbbra is normatív fogalomként kezeli az alkotmányt. Itt a „kellés” a tartalomra és a formára egyaránt vonatkozhat, ekként – ugyan mára a kettő összemosódott – az alkotmány axiológiai és normatív aspektusai ismertek; a létalkotmány ezektől eltérő jelenség, hiszen nem a mindenkorai politikai egység kellő, hanem tényleges állapotát mutatja.

III. 1. 1. Axiológiai alkotmány-fogalom⁸¹

Akik az alkotmány axiológiai fogalmát fogadják el, implicite a jogi fogalmát is magukénak vallják – számukra az alkotmány egy speciális törvény, amely meghatározza az állami szervezetet és a polgárok helyzetét –, de modern értelemben vett alkotmányként csak azokat ismerik el, amelyek a demokratikus jogállamiság kritériumainak megfelelnek.⁸² Az 1789-es *Déclaration* 16. cikke egyértelműen megfogalmazza, hogy „az a társadalom, amelyben a

⁷⁶ Noha nem szerencsés korábbi korszakokat mai fogalmakkal leírni, ezért javasolta Otto Brunner a „*quellennahe Begrifflichkeit*”-ot (mindenről lásd Willoweit 2005, 5-8.).

⁷⁷ Frotscher – Pieroth 2007, 5.

⁷⁸ Dau-Lin 1978, 43.

⁷⁹ Ld. többek között Jakab 2007, 120-122.

⁸⁰ Horváth 2004, 68.

⁸¹ Az axiológiai és a normatív alkotmány-fogalom elemzése – mivel a kettő kapcsolódik egymáshoz – összecsúszik, ekként az axiológiai aspektus számos vonatkozására, így történeti okaira, elemeire, a III.1.2. pontban térünk ki.

⁸² Hermens 1964, 165-168.

szabadság garanciája és a hatalommegosztás nincs biztosítva, nem rendelkezik alkotmánnyal”.⁸³ Josef Isensee ezt a meghatározást *polemikus-politikai alkotmányfogalomnak* tartja,⁸⁴ hiszen az alkotmány jelentését egy politikai elv érvényesüléséhez köti. Amennyiben az alkotmány nem leíró tényjelenség, hanem politikai filozófiák megoldásainak tárháza, úgy az egyik alkotmányideológia szükségszerűen tagadni kényszerül a másik alkotmányosságát,⁸⁵ s így annak kérdése, hogy *mi* az alkotmány, a politikai harcokban dől el.

III. 1. 2. Normatív alkotmány-fogalom elemei

III. 1. 2. 1. A formai elkölöniültség

A normatív fogalom előfeltétele, hogy az alkotmány az állami léttől *elkölöniülten* jelenjék meg. Kezdetben az alkotmány egy állam állapotát, tényhelyzetét jelentette – ezt nevezi Ellen Bos „empirikus alkotmánynak”. Szerinte minőségi váltásként értékelhető az empirikus alkotmányból a „normatív alkotmányba” való átlépés, amely folyamat a 18. századtól, a polgári szabadságjogok biztosításával, az államhatalom korlátozásával, s így az alkotmánynak az államjog által szabályozott állami állapotra való szűkítésével indult meg.⁸⁶ A normatív alkotmány által az emberek azon vágya fejeződött ki, hogy az uralkodók uralmát immár egy *külső* minta korlátozza.^{87;} ⁸⁸ Bos szerint is a normatív alkotmány elsődleges funkciója – és az empirikus alkotmánytól különböző *specifica differentiája* – a fennálló hatalom szekuláris kontrollja.⁸⁹ Az empirikus alkotmány a tényleges hatalmi helyzetet írta le, a normatív alkotmány viszont reflektív alkotmány – „az értelem és az akarat alkotása”⁹⁰ –, ekként pedig reflektál a ténylegességre: alakítani, formálni próbálja, s ezért nem is érintkezik teljesen vele.⁹¹

⁸³ Déclaration 33.

⁸⁴ Isensee 1987, 638.

⁸⁵ Schmitt 2003, 36.

⁸⁶ Bos 2004, 17.

⁸⁷ Loewenstein 1975, 128.

⁸⁸ Az, hogy ez a külső minta egy alkotott jogi minta, a szekularizáció eredménye, előtte ui. a monarcha uralmának internus korláta a *Gottesgnadentum* gondolatából fakadt; ennek tagadása után egy formális, írott, kiképyszeríthető, külsődleges korlátra lett szükség. A modern írott alkotmány megjelenésének folyamata így a szekularizáció folyamatába illeszkedik. (Vö. többek között Petrétei 2008, 126.)

⁸⁹ Vö. Bos 2004, 18.

⁹⁰ Constantinesco et al. 2006, 209.

⁹¹ Vö. Grimm 1991, 15.

III. I. 2. 2. *Tartalmi normativitás*

Az alkotmány normatív fogalmára nem csak az *elkülönültség*, de a *normativitás* is jellemző: míg az arisztotelészi alkotmányfogalom élő valóság volt, addig „[n]ormaként az alkotmány nem a valódi, hanem a kellő állapotát mutatja az államnak.”⁹² A normatív alkotmányfogalommal jelenik meg a formális alkotmányfogalom, hiszen innentől kezdve „alkotmányjogilag az alkotmány egy olyan norma, amely speciális tartalma és létrejövetele révén különbözik a többi törvénytől”.⁹³

A normativitás viszont nem csak a speciális jogszabályi minőségre, hanem a tartalomra is vonatkozik. Ernst-Wolfgang Böckenförde ennek nyomán összegyűjtötte az európai alkotmányok tartalmi elemeit. (1) Az első a *szabadság*, amely az alkotmányok célja volt már a Magna Charta óta.⁹⁴ (2) A második elem a *hatalom korlátozása*,⁹⁵ a 19. század során az alkotmányok a királyi hatalom korlátozását, – és a későbbi parlamentarizmus révén – korlátját valósították meg; a korai liberális államokban is csak erre helyeződött a hangsúly.⁹⁶ (3) Későbbiekben harmadik tartalmi elemként megjelenik a *népszuverenitás*,⁹⁷ a hatalomgyakorlás demokratikus legitimációjának kötelezettsége, noha már az 1789-es *Déclaration* 3. cikke is kijelentette, hogy „le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation”.^{98; 99} (4) És végső elemként az alkotmány *értékek chartáját* is jelenti.¹⁰⁰ Az alkotmány eme utolsó tartalmi koncepciója rejti magában az alapjogok gondolatát. E felfogás egyben totalizálja az alkotmányt: az alkotmánytörvény e gondolkodásban már nem pusztán egy bármikor megváltoztatható jogi dokumentum, hanem

⁹² Isensee 1987, 642.

⁹³ Isensee 1987, 644.

⁹⁴ Böckenförde 1983, 7.

⁹⁵ Böckenförde 1983, 9. et passim

⁹⁶ A liberális állam ezért nem szükségszerűen demokratikus, hiszen nem az foglalkoztatja, hogy *kik*, hanem hogy *miként* kormányoznak. A korlátozott állam feladata negatív: a liberális szabadságjogok és a magánszféra szabadságának biztosítása. John Stuart Mill is elismeri, hogy akár egy despotizmus is csak akkor rossz, ha nem ad teret az individuumnak (így a *contrario* egy despotizmus is elfogadható lehet a liberális számára, ha a „jó diktátor” biztosítja a liberális szabadságokat); bár az is igaz, hogy az egyéniséget megsemmisítő rendszerek minden despotikusak. (Vö. Mill 1988, 88.) Ez utóbbi felismerés okán váltak demokratákká a liberálisok.

⁹⁷ A népszuverenitás tana Sieyes abbéra nyúlik vissza, aki az alkotmány forrását, azaz a konstituáló hatalom (*pouvoir constituant*) birtokosát a népben látta. A mai demokratikus jogállamiság lényege is abban áll, hogy a nép az alkotmányozás alanya, miközben e nép a létrejött alkotmány keretei között maga is alávetett az alkotmánynak, s csak kivételes esetekben (népszavazás) élhet ismét közvetlen hatalmával. A nép azonban nem egy egységes, homogén közösség, amely egységesen cselekedne, s amelynek egységes akarata lenne, így – amennyiben az alkotmányozás (alkotmány-létrejövetel) reális folyamatát nézzük –, látni kell, hogy az alkotmány nem a nép döntése hozza létre – hiszen egy konkrét döntés meghozatalára a népnél kisebb, szervezetlenebb, homogénebb csoportok képesek csak –, ám az új alkotmány (politikai egzisztencia) és annak normatív kerete (alkotmányi törvény) létrenek oka már a nép elfogadása. A nép jogforrási jellege ekként nem tevélezességeben, hanem elfogadásában nyilvánul meg. Ezért állítjuk a dolgozatunkban is majdan, hogy ugyan az alkotmányozás folyamata nincs kötve semmiséle felette álló jogi, etikai (stb.) normához, ám sikere – azaz érvényesülése – érdekében nem mellőzheti az elfogadást, s ez – azaz a majdani legitimáció szüksége – az alkotmányozó hatalom immanens korlátjaként jelentkezik.

⁹⁸ *Déclaration* 33-34.

⁹⁹ A francia közjogban a nép (*peuple*) és a nemzet (*nation*) szinonim fogalmak; vö. Isensee 1995, 27.

¹⁰⁰ Böckenförde 1983, 17.

kvázi örök érvényű elvek normatív tárháza. Ez pedig – Böckenförde szerint – abszolutista gondolkodáshoz vezet.¹⁰¹ Carl Schmitt is rámutat arra, hogy a modern alkotmány jog csak az ilyen tartalmú alkotmányokat hajlandó alkotmányként elfogadni, így az alkotmány leíró fogalmából előíró, mégpedig ideologikus fogalom lett, azaz szerinte a polgári liberalizmus mint ideológia kisajátította magának az alkotmány fogalmát.¹⁰² Az alkotmány így egyrészről immár nem jogfilozófiai, hanem politikai filozófiai fogalom lett, másrészről nem leíró, hanem előíró kategóriává vált. Ennek oka, hogy a jogállam jelentése is megváltozott, s immár nem a jog szerint működő államra (ami a klasszikus pozitivista jog- és állam-képet meghatározta), hanem magára a jog tartalmára irányul. Ám míg a formai kritériumok egyértelműek, a tartalmiak nem. Ezzel megmerezítjük és objektívként ábrázoljuk az egyébként szubjektív, s ezért legitim módon kritizálható jogalkotói akaratot. A veszély oka, hogy – amint Szigeti Péter írja – „[a] jogállamiság jegyében túlságosan is sokféle rejtőzködő világkép, politikai morál és helyi isten lépett már elénk”¹⁰³ E rejtőzködő politikai morálok pusztán hipotézisek, amelyeket tudatunk erősít dogmákká. Eme folyamatot nevezi Hans Vaihinger *Ideenverschiebungnak*: ebben „a mintha mivel és hogy lesz”¹⁰⁴ A jogi axiomatikus gondolkodásban – ahogy azt II. fejezetben ábrázoltuk – minden úgy zajlik le, hogy a bizonyítatlanul felállított axiómáinkat az axiómákból levezetett teorémákkal definiáljuk. Ám ezzel fogalmainkat nem tettük még valóságossá, pusztán logikailag koherenssé. Ráadásul tudományosan soha nem tudjuk bizonyítani, hogy csak valamilyen tartalmi elem megléte esetén nevezhetünk egy jogszabályt alkotmánynak.¹⁰⁵ Az axiológiaival összefonódott normatív fogalom nem értéksemleges, hanem értékelő szemléletű; ez szolgálhat ugyan politikailag helyes célokat, de alkotmányelméletileg igazolatlan marad a szükségszerűségére való hivatkozás. Így a jogállami alkotmány helyességét nem a jogtudomány értéksemleges eszközeivel, csak a politikum értékelkötelezettségi céljával igazolhatjuk.¹⁰⁶

¹⁰¹ Uo.

¹⁰² Schmitt 2003, 37.

¹⁰³ Szigeti 2003, 73.

¹⁰⁴ Vaihinger 1920, 221.

¹⁰⁵ Winterhoff 2007, 66-67.

¹⁰⁶ Winterhoff 2007, 87-88.

III. 1. 3. Egzisztenciális alkotmány-fogalom

Sokan ráéreztek arra, hogy az alkotmányt a jogrendtől elválasztottan kell kezelní. Samu Mihály szerint például

„az alkotmányos rend nem azonosítható a jogrenddel, mert az alkotmány mint átfogó alapnorma alatt helyezkednek el a jogszabályok, emellett a politikai, gazdasági, szociális és kulturális normák”.¹⁰⁷

E koncepció azonban az alkotmány lét- és normajellegét még összemossa, mert ugyan észrevételezi, hogy az alkotmány *több mint* a legmagasabb *jogi* norma, de tartalmát nem a politikai valóságra, hanem a társadalom más alrendszerének belső normáira terjeszti csak ki. Valójában különbséget kell tenni a *normatív alkotmány* és a *létalkotmány* között: míg az első egy a jogrendnél szélesebb *norma*, addig a második maga a politikai egzisztencia. Csak e distinkció megtétele után juthatunk el egy valóságos alkotmányontológiához.

Az alkotmány ugyanis egy olyan *reális Sein*, amely létét egy *ideális Seinnak* (akaratnak, elképzelésnek) köszönheti. Az *ideális Sein* emberi magatartásokra irányul, amelyek révén létrejön egy reális, objektív adottság: a politikai egzisztencia, a politikai közösség, a széles értelemben vett alkotmány. Nem következményről van szó, mert a kauzális folyamatok végig a *reális Sein*-szférában játszódnak: *az ideális Sein nem kauzális oka a reális Seinnak, hanem a reális Sein mint cél fogalmazódik meg az ideális Seinban*.

Az alkotmányfolyamatok eszköze az erőszak, eredménye pedig a hatalom. Maga a reális, megvalósult *Sein* (alkotmány) azt mutatja tehát, hogy *kik és hogyan gyakorolják a hatalmat*.¹⁰⁸ Az alkotmány a társadalmilag, történelmileg létező hatalmi viszonyokat határozza meg. Ferdinand Lassalle híres előadásában ezért azonosította az alkotmány jelenségét „a tényleges hatalmi viszonyokkal”,¹⁰⁹ s ezért állította, hogy „az alkotmányi kérdések eredetileg nem jogi, hanem hatalmi kérdések”.¹¹⁰ Nem az alkotmányból származik hát a hatalom, hanem a hatalom ténylegessége jelenti az alkotmányt – különben arra a Somló által anekdotikusan leírt császárra emlékeztetnénk, aki a forradalom láttán azt kérdezi, hogy „szabad-e ezt?”.¹¹¹ „Ezen kijelentés komikuma abból adódik, hogy [a császár] annak kérdését, hogy egy meghatározott

¹⁰⁷ Samu 1997, 77.

¹⁰⁸ Somló 1973, 310. et passim

¹⁰⁹ Lassalle 1958, 28.

¹¹⁰ Lassalle 1958, 56.

¹¹¹ Somló 1973, 315.

hatalom jogi hatalom-e még vagy sem, ezen megkérőjelezett hatalom egyik normájának tartalmából szeretné megválaszolni.”¹¹²

Az alkotmány – mint maga a pozitív jog is – az akarat eredménye: születésében és dinamikájában egyaránt. Az alkotmányozással születik meg a jogrendszer, így a jogontológiai vizsgálódásunkat, *pars pro toto*, becsomagolhatjuk az alkotmányozás elemzésébe: láthatjuk így is Walter Benjamin nyomán, hogy „a jogtételezés hatalomtételezés és ennyiben az erőszak (Gewalt) közvetlen manifesztálódásának aktusa”.¹¹³ A normatív alkotmányfogalom mint a jogrendszer érvényességének állítólagos végső pontja arra a jogászi vágyra vezethető vissza, hogy a jogrendszer egésze a Sollen-szférában legyen tartható.¹¹⁴ Azonban – ahogy Somló írja – „egy (jogi) norma-rendszer végső alapja nem lehet ezen rendszer egyik normája”.¹¹⁵ A jogi rendszer minden egy tényből nő ki, s az alkotmánynál a ténylegességet a valós hatalmi struktúra jelenti. E hatalmi viszony – amelyhez kötve vannak a normák, de amely nincs kötve a normákhoz, mert azok felett áll, azok forrásaként – maga a *Verfassung*.¹¹⁶

Nem szükségszerűen kell egyébként mindezt a *Sein-Sollen*-dualizmusában láttatni: e kettőségeknek ui. eleve csak egymással szembe- és párba állítva van értelme. A *Sein* voltaképp minden létezőt – reálisat és ideálisat – egyaránt felölel: *minden*, ami van – függetlenül létének módjától – *Seinként értelmezhető*: minden „minimális tulajdonságként” jellemző a létezése, mert ez teszi lehetővé, hogy egyáltalán gondolni tudjunk rá.¹¹⁷ Gondolni ugyanis nem csak reálisan, mérhetően, megfoghatóan létező dolgokra tudunk, hanem ideális, eszmei tartalmakra is, mint például a jog. Így ha önmagában nézzük a két szférát, a *Sein* voltaképp minden létezőt felölhet, ekként a *Sollent* mint érvényességében létező tartalmat is.¹¹⁸ (Lásd 1. ábra!) Franz Achermann ezért nem is Sollenről, hanem *ideális Seinről* beszél: ez „mindannak a fogalma, ami a tudati tartalmat jelenti, ami az elképzelésben, mint élmény-, érzelmi és gondolati tartalom létezik”.¹¹⁹ Ezesetben a jog csak része, eszköze egy nagyobb rendnek mint létezőnek.

¹¹² Uo.

¹¹³ Benjamin 1965, 57.

¹¹⁴ Somló 1973, 318.

¹¹⁵ Somló 1973, 320.

¹¹⁶ A *Verfassung* nincs kötve a tételes joghoz: ez leginkább az ún. komisszárius diktatúrában nyilvánul meg, amikor az egész (alkotmány) érdekében függesztik fel a rész (jog) érvényesülését. Vö. Agamben 2004, 41. et passim

¹¹⁷ Vö. Achermann 1955, 52.

¹¹⁸ Vö. Peschka 1972, 32-33.

¹¹⁹ Achermann 1955, 53.

[1. ábra]

Sein és Sollen kapcsolata

	pozitivista kép	egzisztenciális kép
hatalmi viszonyok =	Sein	
alkotmányi törvény =	Sollen	<i>Sein</i>

Ha így nézzük, a létalkotmány (*Verfassung*, az állami rend *egésze*) és ennek normatív tételezettsége (*Verfassungsgesetz*) – vagy Schmitt szóhasználatával élve: az alkotmány *abszolút* és *relatív* fogalma¹²⁰ – nem egymással áll szemben, ahogy a normativizmus – a *Sollen* hangsúlyozandó – vagy a jogszociológia – a *Sein* hangsúlyozandó – gondolná, hanem az alkotmányi törvény része az egésznek: azaz a jogrend (*Sollen*) nem ellentéte, nem logikai ellenpólosa, hanem eleme, eszköze a rendnek (*Sein*).

Amennyiben az alkotmányt a hatalmi helyzettel azonosítjuk, óhatatlanul átlépünk a jogi szférából a politikum világába, miközben a létrejött alkotmány a politikumot is jogiasítja, ekként korlátozza. Magyarán – ahogy Andreas Anter írja –

„az alkotmány egyrészről a politikum alkotása, másrészről kivonja magát e szféra alól, amennyiben is olyan rendet hoz létre, amely keretet szab a maga részéről a politikumnak”.¹²¹

Azon alkotmány, amely „a politikum alkotása”, a *Verfassung*; az az alkotmány pedig, amely keretet szab a politikumnak, a *Verfassungsgesetz*. A kerettel megszületik a „mérvadó egység”, ami kizára annak lehetőségét, hogy egy adott államon belül a *barát-ellenség* szembenállása alakulhasson ki. A politikum lényege vagy az államok között, vagy az államnélküliségben nyilvánulhat meg: mi helyt megvan a barát-ellenség harc „győztese”, letisztul az államiság politikai kerete, s így belül nem – vagy csak a szétesés veszélyekor – jelenhetnek meg újból a politikai harc jellemzői.¹²² A politikum ugyan megelőzi az államot – hiszen „[a] jog [...] nem képes a politikai első döntés helyébe lépni”¹²³ –, de egységet az állam (az állami jog) teremt,¹²⁴ amely egységen belül pedig eltűnik a politikum lényegét adó látásmód. Carl Schmitt számára azonban a politikum az esszenciális és elsődleges kategória, míg az állam pusztán ennek

¹²⁰ Vö. Schmitt 2003, 3-20.

¹²¹ Anter 2004, 165.

¹²² Chantal Mouffe szerint a politikai közösségen belül is fennmaradhatnak a politikai ellentétek, biztosítva a valódi pluralizmust; vö. Mouffe 2007.

¹²³ Di Fabio 2003, 74-75.

¹²⁴ Takács 2004, 175-179.

egyik, történelmileg meghatározott korhoz köthető jelensége.¹²⁵ Schmitt ezért nem etatista gondolkodó:¹²⁶ nála ugyan az államtól függ a jog, de az állam maga is csak relatív és esetleges kategória az elméletében.¹²⁷

¹²⁵ Schmitt 2003a, 375-385.

¹²⁶ Mehring 2001, 23.

¹²⁷ Mielőtt azonban úgy látszanék, hogy Schmitt elméletében teljesen mellékes elemnek tartanánk az államiságot, fontos megjegyezni, hogy az államiság a jognál lényegesebb kategória, hiszen Schmitt elköpzelhetőnek tartott egy jog nélküli működő államot (vö. kivételes állapot; „az állam a jog eltünésekor is fennmarad”, írja a *Politikai teológia*ban, lásd Schmitt 1992, 5.), ám egy állam nélküli jogot már kevéssé (hiszen az államnélküliségben a jog megszűnik, s a politikum „jön vissza”).

III. 2. Az alkotmány(ozás) ontológiai elemzése

A jog jelensége kétféleképpen írható le: az ismeretelmélet a felismerésre, míg az ontológia a származásra kérdez rá. A jogpozitivizmus legfeljebb a jog sajátságos létmódját, az érvényességet – azaz a *jogi Daseint* – ábrázolhatja, a jog lényegének bemutatása csak a pozitív jogon túl tekintve képzelhető el (*ontológiai megközelítés*).¹²⁸

(1) A normativizmus számára az alkotmányozás (így a jogrendszer születése) olyan *jogi folyamat*, amelynek a jogrendszer szabja meg kereteit: a folyamatok a *Sollen* szférán *belül* maradnak, valójában azonban ekként csak a *már* létrejött rendszerben tud értelmes kijelentéseket tenni: azaz az ontológiai kérdéseket eleve ismeretelméleti síkra tereli, s ott próbálja a rendszerén belül tartva „hatástanítani” őket. (2) A metajurisztikus elméletek szerint az alkotmányozás oka valamilyen abszolút értékben, abszolút értékkel bíró entitás „szavában” található. (3) A realista ontológia az alkotmányozás valóságát írja le, amelyben nincsenek külső (jogi, politikai vagy etikai) korlátok, mert a *tényfolyamatok* belső önmozgása határozza meg a végeredményt.¹²⁹ Itt azonban az a (4) konzervatív bírálat lehet jogos, amely a realista koncepciók túlzottságára, az idő- és hagyománytényező figyelmen kívül hagyására mutat rá (*pragmatista természetjog*).

Az alkotmány ontológiájában a cél egyértelmű: egy új alkotmány; a vita tárgya a létrejövetelre vonatkozik: eleve jogi aktusról van-e szó, vagy a jogi jelleg csak utóbb válik a folyamatok jellemzőjévé.¹³⁰ A normativizmus közvetlenül jogi aktusnak tartja az alkotmányozást, míg a metajurizmus és a realizmus nem. Azonban míg a normativizmus és a metajurizmus külső mércékkel értékeli, írja le a folyamatokat, a realizmus a folyamatot magát ábrázolja. (Lásd 2. ábra!)

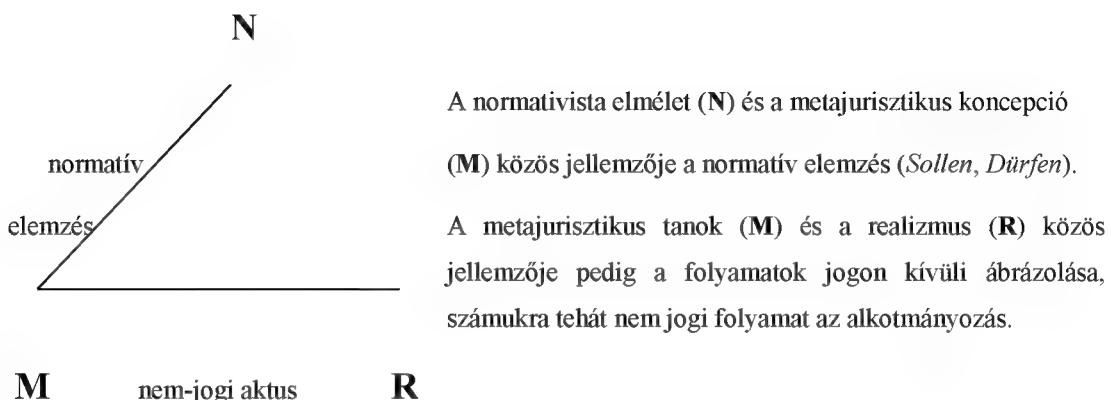
¹²⁸ Peschka 1972, 309-311. et passim.

¹²⁹ A jogrendszer nézőpontjából viszont azt mondhatjuk, hogy létrejövetele *nem belső, hanem külső* hatás eredménye.

¹³⁰ Winterhoff 2007, 129.

[2. ábra]

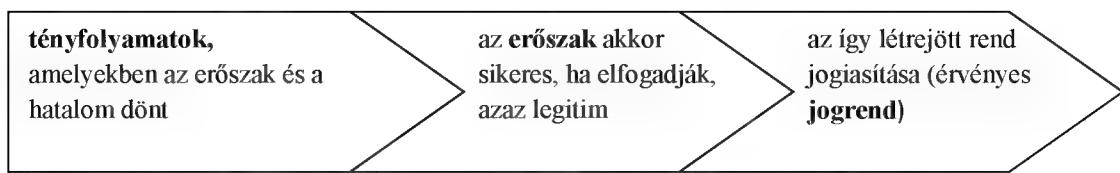
jogi elemzés hármassága



Az alkotmányozás folyamatát leginkább az iskolák *szinopszisában*, a folyamatok lényegéből adódó tulajdonságok elemzésével tudjuk bemutatni. Ha csak az egyik vagy csak a másik szempontokra koncentrálunk, hiányos elméletet kapunk. (1) A realizmus és a dekonstrukcionizmus segítségével lebonthatjuk jogi fogalomvilágunkat, s láthatjuk a mögötte lévő *akaratot* – amelynek jogkeletkeztető létét egyébként a pozitivizmus sem tagadná –, (2) ám a konkrét akarat sikérének – azaz az új létállapot létrejöttének – magyarázatában nem elégéges a dekonstrukció absztrakt látásmódja, hanem az akaratot és annak környezetét, azaz annak kérdését, hogy az akarat és környezete miként képes egy új alkotmányt eredményezni, szintén meg kell vizsgálni. Itt van szükség a *legitimitás* kérdésére, amely viszont már tartalmi és metajurisztikus szempont. (3) Mihelyt megszületett – azaz elfogadtatott – az új létállapot (maga a rend), e rendnek – épp a társadalmi kommunikációk sokrétűsége, a modern társadalmi lét, társadalmi interakciók bonyolultsága okán – egy jogi közvetítő mezőre, rendező erőre van szüksége, azaz *jogrendre*, ami pedig már normatív szempont. (Lásd 3. ábra!)

[3. ábra]

tényhelyzetből joghelyzet



III. 2. 1. Normativista alkotmány-koncepció (Hans Kelsen) kritikája

Miután létrejön a jogi kommunikáció, a korábbi rend immár a „jogszerű” / „jogszerűtlen” binaritásában válik magyarázottá, megteremtve a jogi kommunikációs tér virtuális mezejét. E virtuális, gondolt (mert pusztán a kommunikációban és azáltal létező) tér statikus leírására képes a kelseni jogpozitivista elmélet – anélkül, hogy az érvényesülés (azaz a jogi dinamika) valóságát, a jog létrejöttét, születését, megszüntét tudná (és ami még fontosabb: akarná) magyarázni. A normativizmus alaptézise, a Sein-Sollen megkülönböztetés értelmében *a jogi tulajdonság nem következménye* bármilyen tényaktusnak, hanem a tényaktusra *a jogi norma vonatkozik*, és – az akarat révén – vonatkoztatik, anélkül, hogy a jogi tulajdonság – ellentében a természetjog állításaival – abból bármilyen módon is következne. Ez a kelseni beszámítási láncolat (*Zurechnung*) lényege – ez mindig visszafele ható beszámítást jelent.

III. 2. 1. 1. A hipotetikus alapnorma kritikája

Kelsen joglépcsőtanában valamennyi norma egy felette álló normától – annak érvényességektől – nyeri érvényességét,¹³¹ s a felsőbb norma kereteit kitöltve, minden következő szint egyben új tartalmat ad a rendszer egészéhez.¹³² A rendszer belülről zárt és egységes. Az egész rendszer azonban mitől érvényes? A normahierarchia végén az alkotmány helyezkedik el, s mivel ez a legfelső norma egy jogrendszeren belül, ennek érvényessége nem vezethető vissza egy még felsőbb normára. Ahogy Christian Winterhoff megállapítja: „[A] levezetési elv az

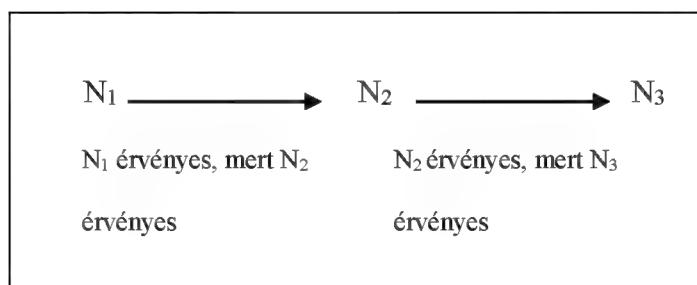
¹³¹ Kelsen 2003, 183.

¹³² Vö. Kelsen 2001, 44., ill. 46.

alkotmányozás esetén csödöt mond: nincs több (jogi) norma az alkotmány felett”.¹³³ Az alkotmánynak a létrejötte így nem magyarázható a többi normánál alkalmazott logikai séma szerint, hiszen „[l]ogikailag sohasem gondolhatjuk a lépcsőzetesség végét”.¹³⁴ Kelsen nem mondja meg, hogy miért lenne érvényes az önmagában, amire a normát visszavezetjük.¹³⁵ Nála az érvényesség így egy *rendszerimmanens kategória*. Ahogy Paksy Máté helyesen rámutat, Kelsen az alkotmány igazolásakor olyan terrénumra sodródik, ahol óhatatlanul vagy a tiszta jogtan leíró, vagy tudományos jellege kerül veszélybe.¹³⁶ Ugyanis az alkotmány igazolásakor vagy megpróbál annak tartalmához nyúlni (de így elvész elméletének leíró, tartalom-független jellege), vagy pedig – belső rendszerlogikáját nézve még mindig helyesebben téve – az ún. *hipotetikus alapnorma* segítségével oldja meg a problémát (de itt pedig az érvényesség végső lezárása sikerül igen kurtára). A hipotetikus alapnormával a legnagyobb gond, hogy egy *már* érvényes, létező jogrendszer érvényességét magyarázza csak. Kelsen a *már* létrejött, *már* létező rendszer működését írja le – amelynél a hipotetikus alapnorma szükségszerű feltétel, de nem ontológiai kategória –, s nem a rendszer létrejöttét.¹³⁷ A hipotetikus alapnormával a rendszer egészének érvényességére irányuló kérdés ekként – ahogy Bernd Rüthers írja – nem lesz megoldva, „legfeljebb átnevezve”.¹³⁸

[4. ábra]

érvényességszármaztatás Kelsennél



¹³³ Winterhoff 2007, 131.

¹³⁴ Ross 1989, 361.

¹³⁵ Ross 1989, 260.

¹³⁶ Vö. Paksy 2005, 61.

¹³⁷ Alexy 2005a, 334.

¹³⁸ Rüthers 2007, 291.

A hipotetikus alapnorma logikai fikciója biztosítja, hogy a jogtudós normatív jelentést tulajdoníthasson a tényeknek – elvégre a norma nem más, mint a tényekhez rendelt speciális jelentés. Az alapnorma így egy szükségszerű (de bizonyítatlan, formális, üres) logikai elem,¹³⁹ egy „transzcendentál-logikai alkotmány”.¹⁴⁰ Eme alapnorma jogivá transzformálja a *Seinból* a *Sollenbe* való átlépést,¹⁴¹ s mintegy jogi kategóriaként kezeli a rendszer alapokát is. A jog mögötti akaratok ekként válnak objektív normákká – a rendszer utolsó eleménél, az alkotmánynál azonban a szubjektív akarat objektív értelme csak feltételezett: ezt a feltételezést biztosítja logikailag a hipotetikus alapnorma. Ezzel azonban Kelsen egy *Sollen*-jelenséget (norma) egy *Sein*-jelenséggel (mögöttes akarat) kötne össze: ám amennyiben igaz, hogy logikailag a két szféra külön áll egymástól, akkor – Moór Gyula megfogalmazásával élve: – az alapnorma révén egy „logikai lehetetlenség logikai feltétellé” válik.¹⁴²

III. 2. 1. 2. Kelsen fiktív ontológiája

A kelseni „ontológia” egy *konstitutív ismeretelméleti koncepción* nyugszik: a jogrendszer azért jön létre, mert a hipotetikus alapnorma feltételezett léte rendezettséget teremt az emberi akaratok kaotikus világában:¹⁴³ elkülönítve a jogot a nem-jogtól (ezért és ekként válik pszeudó-ontológiai kategóriává Kelsennél az érvényesség fogalma). Ugyan Kelsen szerint az alapnorma révén megtisztítjuk a jogi érvényességtant a metajurisztikus-transzcendentális elemektől, valójában az alapnormának is csak valamiféle hit lehet az alapja.¹⁴⁴ Hiszen maga Kelsen ismeri el, hogy a rendszer logikai összetartójaként fungáló alapnorma voltaképp – logikailag nézve – nem is hipotetikus, hanem kifejezetten *fiktív* oka a jogrendszernek.¹⁴⁵ Azaz – ahogy Peschka Vilmos írja kritikusan – a tiszta jogtanban

„Kelsen [...] hogy a jogi norma érvényességét pusztán a Sollenból vezethesse le, inkább az üres, tartalmatlan képzetek, a transzcendentális idealizmus világába menekül.”¹⁴⁶

Az alapnorma okán – ahogy Karácsony András helyesen állapítja meg – „a kelseni jogpozitivizmusban létezik egy metafizikai minimum, s ezért filozófiai értelemben nem pozitivista”, ill. nem realista, mert nem a tényeket leíró, hanem előíró elmélet.¹⁴⁷

¹³⁹ Bódig 2007, 200-202.

¹⁴⁰ Kelsen 1968, 1976-1977.

¹⁴¹ Alexy 2005a, 343.

¹⁴² Moór 2006, 117.

¹⁴³ Vö. Dias 2005, 198.

¹⁴⁴ Ross 1989, 366.

¹⁴⁵ Kelsen 1968, 1978.

¹⁴⁶ Peschka 1972, 52.

¹⁴⁷ Karácsony 2007, 166. és 167.

A normativista tan e hiányossága a *rendszeren belül* nem ütközik ki, ha azonban az alkotmányozás esetén is erre a hipotetikus alapnormára hivatkoznánk, a természetjog dualista jogképéhez jutnánk, azt feltételezve, hogy van egy olyan, az ember alkotta törvény felett elhelyezkedő – akár csak hipotetikus – jog, amely meghatározza jogalkotásunkat. Értelemszerűen a hipotetikus alapnorma nem tölhet be ilyen funkciót, hiszen tartalmilag üres, s szerepe formállogikai.¹⁴⁸ Ám akkor hogyan, hol s miért születik a jogrendszer? Kelsen számára sem a metajurisztikus érvek, sem a ténylegességre való hivatkozás (engedelmesség) nem szolgálhat válaszul. Ő figyelmét a már létező *Sollen*-szférára összpontosítja, s mint jogtudós a *jogot mint olyat*, s nem annak előzményét (létrejöttét) akarja leírni. Igazolni azonban így semmiképp sem lesz képes a jogrendszer, hiszen maga ismeri el, hogy „lehetetlen a jogot is a joggal igazolni”.¹⁴⁹ Azaz – ahogy arra Lukács György a kantiánus jogelmélet kritikájában rámutat –

„az újkantiánusok a jogi tételek »érvényességét« elválasztják minden társadalmiságtól [...], legjobb esetben immanens értelmezését adhatják a mindenkor érvényes jogtételeknek, de sohasem tudományos magyarázatát, keletkezésüknek, hatálytalanná válásuknak.”¹⁵⁰

Kelsen persze nem is akarja kívülről – a keletkezés, megszünés, hatás felől – szemlélni a jogrendszer: belső leírására szorítkozik.^{151;} ¹⁵² Eme előzetes metodológiai döntéssel tudja kikerülni elméletében az alkotmányozás problémáját. Verdross szerint viszont Kelsen ekként nem a valóságot írja le, hanem módszerével megteremti módszere tárgyát.¹⁵³

A normativizmus így egy előzetes metodológiai döntés révén kikapcsolja a jog környezetét, születését, hatását. Tamás András ezzel igazolja annak általa is felismert tényét, hogy „[a] tiszta jogtan a Sollen világába zárt teória”.¹⁵⁴ Szerinte azonban csak így lehet a jogtudomány többé-kevésbé állandó válaszokkal élő tudomány, hiszen „[a]lkotmányosság és jogrend nem lehet pillanatnyi – folytonosan módosuló – erőhelyzetek következménye”.¹⁵⁵ A környezet, az erőhelyzet leírása is történhet persze tudományosan: ez a jogszociológia (vagy a politológia) terrénuma. A normativista jogtudomány a jogot viszont leválasztja minden további tényezőtől, s kizárolagosan vizsgálja. Ahogy Varga Csaba írja Kelsen elméletéről:

¹⁴⁸ Dias 2005, 205.; Alexy 2005a, 345.

¹⁴⁹ Kelsen 2001, 70.

¹⁵⁰ Lukács 1978, 585-586.

¹⁵¹ Kelsen 2001, 71.

¹⁵² A jog belső (jogias) és külső (szociológiai) leírásáról ld. Black, 1989. 21.

¹⁵³ Verdross 1968, 1308.

¹⁵⁴ Tamás 2005, 75.

¹⁵⁵ Tamás 2005, 71.

„Nem valóságot ír le hát, hanem fiktív világot: a normákét, mintha a normák pusztta létük folytán [...] mozgást indíthatnának el, önmagukban meghatározóvá válhatnának [...].”¹⁵⁶

Ha önálló tudomány akar lenni, nem is lehet másképp, holott a jog szempontjából döntő és érdekes kérdések a „*jogon túl*” merülnének fel, hiszen a jog fogalma sem érthető meg igazán alapjainak ismerete nélkül.¹⁵⁷ A pozitivista jog- és államelmélet így végső soron *problémaérzéketlen*.¹⁵⁸ Kelsen elméletével képes biztosítani a jogrendszer *belő* logikai koherenciáját, de az ontológiai kérdésekre eleve nem tud választ adni.¹⁵⁹ Mert Kelsen számára a jogi normák *adtottak*. Carl Schmitt mutat rá viszont – immár ontológiai elméletében – a normák *alkotott jellegére*.¹⁶⁰

A normativisták számára az alkotmányozás így nem téma, 1. mert megelégszenek a hipotetikus érvényességszármaztatással (amellyel a *már létező alkotmányok* érvényességét tudják magyarázni), illetve 2. mert belájtják, hogy számukra az alkotmányozás *nem jogi folyamat*, s így saját látókörükön kívül helyezkedik el.¹⁶¹ Azaz – ahogy Frivaldszky írja –

„Kelsen a pozitivista tudományfelfogás nézőpontjából a jogot *redukált* formájában vizsgálja, s minden, ami módszertani redukcionizmusa folytán nem érzékelhető, azt a jogilag nem létező világába utasítja.”¹⁶²

Maga Kelsen nyilvánította a jogszületést „jogászi konstrukcióval meg nem ragadható tényállásnak”, „misztériumnak”.¹⁶³ Ám az osztrák közjog kontinuitásának 1918 utáni megszakadása kapcsán maga is beismerte, hogy

„kiindulópontnak mindig valamiféle végeredményben önmagát érvényesnek előfeltételezett és legfelsőbb normát (vagy normarendszert) kell tennünk. Ezen utolsó, mint a jogi megismerés előfeltételeként szereplő norma érvényességről szóló kérdés jogi megismerésen kívül helyezkedik el. Ez a végeredményben legfelsőbb normaként előfeltételezett úgymond az archimedeszi pont, ahonnan a jogi megismerés világát mozgásba hozzák. Ennek a pontnak a kiválasztása alapjában véve *nem jogi, hanem*

¹⁵⁶ Varga 2001, XII.

¹⁵⁷ Horváth 2006, 11.

¹⁵⁸ „Az államtanban [és a jogtanban is] a pozitivista jurisprudencia radikális önállósodásának vitathatatlan eredménye lett a fogalmi tisztaság, a ködös metafizikai fogalmaktól való megszabadulás, másrészről viszont ennek az volt az ára, hogy a jogászi pozitivizmust a szociológiától, metafizikától és etikától való félelme, az állítólag érték- és ténymentes formalizmusra való egyoldalú törekvése teljes eredménytelenségre kárhoztatta az általános államtan valódi problémáival szemben.” Szilágyi 2007, 388.

¹⁵⁹ Ehrenzweig 1973, 57.

¹⁶⁰ Takács 2004, 178.

¹⁶¹ Winterhoff 2007, 138.

¹⁶² Frivaldszky 2007, 418. (kiemelés eredetiben)

¹⁶³ Kelsen 1923, 334.

politikai kérdés és ezért az önkényesség látszatát hordozza a jogi megismerés szempontjából nézve.”¹⁶⁴

III. 2. 2. Metajurisztikus alkotmány-koncepció és kritikája

III. 2. 2. 1. A pozitivista szemlélet meghaladása

Az egyik lehetséges megközelítés szerint a jog létrejöttét külső szempontok alapján kell értékelni. A jog itt nem deskriptív, hanem értékfogalom: számára nem minden jog, ami egy pozitivista munkájában annak látszana. Érték-normativizmusuk okán a kelseni normativizmus számára megválaszolhatatlan kérdések azonban náluk is megválaszolhatatlanok maradnak – csak egy szinttel feljebb. Amennyiben azonban a természetjogot annak klasszikus változatával azonosítjuk, a kritika e koncepciót nem érinti, mert a természetjog e felfogása szerint – Frivaldszky leírása értelmében –

„a természetjog alapvető *elvei* – s nem pedig *normái* – olyan rugalmasok és tágak, hogy a történeti-társadalmi igényeket nemcsak hogy érvényesíteni engedik a pozitív jog alkotója számára, hanem egyenesen igénylik is ezen kiegészítő tevékenységet”.¹⁶⁵

Az alábbiakban bírálandó – ettől eltérő – absztrakt-univerzális koncepció hibája viszont épp a statikus, időtlen jogkép, amely – persze más módon, mert nem tartalmi, hanem formai szempontból – a pozitivista jogképet is jellemzi. Egy jogontológiának azonban éppen olyan kérdésekre kell választ találnia – jogszületés, jogérvényesülés, jogmegszűnés stb. –, amelyek eleve a jog dinamikáját illetik, így statikus magyarázatokkal nem leírhatóak.

III. 2. 2. 2. Az érték-logika és veszélye

Ehelyütt szükségesnek látszik visszatalni Böckenförde véleményére, aki szerint a modern alkotmányosság utolsó jegye, értékcharta jellege egy új totalitás lehetőségét veti fel. A modern alkotmányok nem csak szervezeti vázát adják a hatalom működésének, de a szuverén mozgásterének kijelölői, korlátjai is. Az értékek kezdetben e negatív tartalomból voltak kiolvasandók, de számos alkotmány *expressis verbis* megfogalmazott bizonyos emberi (vagy alapvető) jogokként nevezített értékeket, és ezzel olyan tartalmat adtak az alkotmányoknak, amely a jogrendszer hagyományos jogi rétegződésébe nehezen illeszthető be, illetve amely

¹⁶⁴ Kelsen 1914, 217. (kiemelés tölem)

¹⁶⁵ Frivaldszky 2007, 408. (kiemelések eredetiben)

nem bármikor megváltoztatható, mert érvényességét nem formájától – alkotmányban elfoglalt helyétől – nyeri, hanem *immanens* érvényességet igényel. A hagyományos jogelméleti kép, miszerint a pozitív jog tartalma a jog formája okán érvényes, megfordul, s immár a pozitív jog tartalma *saját okán* érvényes. Ha azonban egy tartalom a formától függetlenül érvényes, akkor a tartalom nem cserélhető, s csak a tartalom formája, de nem a forma tartalma változtatható. Böckenförde ennek kapcsán beszél új totalitásról.¹⁶⁶ Az utóbbi időkben egyre nagyobb hangsúlyt kapnak az alkotmányokban az ún. alkotmányos értékek, alapelvek, emberi jogok (azaz egy teológiai megalapozottságát vesztett, szekuláris úgymond észjog megjelenését figyelhetjük meg), amelyek leválthatatlan, korlátozhatatlan, kontrollálhatatlan, s a hagyományos jogképpel idegen, a klasszikus jogi rétegződésbe (egyesek szerint) nehezen beilleszthető szintet visznek a jogrendszerbe.¹⁶⁷ Minderre példa lehet azon „láthatatlan alkotmány”, amelynek fogalmát – a korábbi magyar Alkotmány értelmezése kapcsán – Sólyom László vezette be a magyar közjog szókincstárába, imígyen nyilatkozva róla egy konferencián:

„a napi politikai érdekből módosított vagy értelmezett Alkotmány *fölött* az alkotmányosság biztos mércéjéül szolgál [a láthatatlan alkotmány]; annyira, hogy a várható új alkotmánnyal sem kerül ellentébe.”^{168; 169}

Magyarán a jogilag értelmezett alkotmány (*Verfassungsgesetz*) politikai-filozófiai eszmék chartájává válik, ekként változhat ugyan a formája, de eleve és előre korlátozná bármilyen alkotmányozó politikai hatalom mozgásterét. Ádám Antal is elismeri e sólyomi kijelentés ideológiai jellegét, bár védeni próbálja a mögöttes szándékot.¹⁷⁰ A különböző alkotmánybíróságok gyakorlati, ill. az újjáéledt természetjog és az alkotmányos liberalizmus párhuzamos elméleti munkája nyomán az alkotmányok értékchartákká váltak, amelyek tartalmát ráadásul az alkotmánybíróság(ok) hivatott(ak) kiolvasni, s egy olyan egységes egésszé formálni (alapjogok rétege), amely a jog strukturálisan zárt, de kognitíve nyitott rendszerébe *egy strukturálisan nyitott, de kognitíve zárt szintet* próbál beemelni.¹⁷¹ Pokol Béla

¹⁶⁶ Böckenförde 1983, 18.

¹⁶⁷ Ezt nevezzük az alkotmányos alapjogok rétegének; az ezekkel kapcsolatos problémáról lásd Pokol 1990, ill. Pokol 2005, 77-136.

¹⁶⁸ Sólyom 1992, 274. (kiemelések tölém)

¹⁶⁹ Jakab András nem alkotmány-*felettiként* definiálja a „láthatatlan alkotmányt”, hanem az alkotmány *értelmezéseként*, az Ab-határozatokból összeálló koherens fogalmi rétekként, amely a jogforrási hierarchiában az Ab-határozatok szintjén – tehát semmiképp sem az Alkotmány felett – helyezkedik el; vő. Jakab 2007, 118. és 138. Ádám Antal szerint sem korlátozza, csak esetleg orientálja a jövő *pouvoir constituant*-ját a láthatatlan alkotmány; vő. Ádám 1998, 78.

¹⁷⁰ Ádám 1998a, 354.

¹⁷¹ Carl Schmitt mindez úgy fogalmazza meg, hogy „mihely megjelenik az érték, egy gondolati váltás szükségessé válik”. Vő. Schmitt 1967, 55. Azaz az érték nem nyitott, hanem zárt tartalmú kategória: identitásában idegen a jog jelenségétől. Míg a jog érzékeli a külvilágot, s adekvát reakciót eredményez, addig az érték immanens és a tények vagy idomulnak hozzá, vagy *tant pis pour les faits*.

több helyütt részletesen elemzi az általa a *jog alkotmányjogiasításának* nevezett jelenséget. Ő is megállapítja az új jogréteg kognitív zártsgát: „az alkotmányos alapjogok és -elvek normatív tartalma jóval absztraktabb, mint a hagyományos jogterületek szabályai”.¹⁷² Ennek révén a jogtudományban megjelenik az értékalapú, zárt gondolkodás, márpedig az értékeknek saját – a jogétól eltérő – logikájuk van. Az érték exkluzív, kognitíve zárt gondolkodást feltételez. Az érték sem nem perszonális, sem nem interperszonális (horizontális) moralitást jelent, hanem vertikális meghatározottságot, ahol nem a személyes meggyőződés, nem a visszacsatolás, hanem a felülről lefelé meghatározott absztrakt tételezettség válik a politikai hatalom helyességének vélt biztosítékává.

Az értékgondolat úgy véli, hogy a jog mint a valóságról tett értékítélet objektív, azaz a *Sollen* a *Seinből* következik. Franz Achermann írja, hogy az emberi jogok tana szerint azon tényekből, hogy az ember beszélni, látni, hallani, mozogni stb. képes, rögtön az is következne, hogy az embernek joga is van a beszédhez, halláshoz, mozgáshoz (vélemény-nyilvánítási szabadság, mozgásszabadság stb.). Az értékgondolkodás tehát a jogot mint objektív értéket kezeli, belehelyezve a természet kauzális folyamataiba mint ok vagy okozat:

„Abból a tényből, hogy van fülről, a természetjogászok arra következtetnek, hogy [...] nekünk hallanunk is kell, hogy nekünk jogunk van arra, hogy halljunk.”¹⁷³

A természeti világ azonban: *van*, míg a jogi világ: *kell*. A természeti világ kauzális folyamatait nem alakíthatjuk át teleologikus folyamatokká – miközben persze a teleologikus aktusok megvalósulása már a kauzális folyamatokba helyeződve képzelhető el. Az exkluzív értékgondolkodás legnagyobb hibája, hogy a valóságról tehető jogi kijelentéseket – „jogszerű”, „jogszerűtlen” – megismerési ítéleteknek (*Erkenntnisurteile*) tartja: azaz egy folyamat jogellenességének megállapítása ugyanolyan ítéleti aktus lenne eszerint, mint annak megállapítása, hogy az előttem lévő képnek mennyi az átmerője. Holott a jogi ítélet nem ilyen megismerési ítélet – mert nem a megismerendő tárgyból, hanem a megismerő szubjektumából fakad (*Werturteile*) –, s ekként ugyanúgy lehet valami egyszerre jogszerű és jogszerűtlen – akaratunk és akaratunk érvényesíthetőségtől függően –, mint ahogy az előttem lévő kép is látható szépnek vagy csúnyának egyaránt. Pozícionáltságunk, kondicionáltságunk, kulturáltságunk és akaratunk függvénye, hogy a képet szépnek vagy csúnyának látjuk-e. Hogy aztán, mely állítás objektiválódik (kanonizálódik) a diskurzusban, továbbra sem a megismert képtől, hanem a megismerő akaratának erejétől, hatásától, elfogadottságától függ. A jogban sincs ez másképp. Egy tény – mint a *Sein* egy eleme – sokféleképpen megismerhető, hozható

¹⁷² Pokol 2003, 170.

¹⁷³ Minderről Achermann 1955,37. (A természetjog alatt Achermann az észjogot érti.)

ról sokféle megismerési ítélet: ergo a ról tehető állítások verifikálhatóak magával a megismerendő tárgy immanens tulajdonságaival. Ezen tény azonban jogilag is értékelhető (így jön létre a tényállás), de az értékelés ekkor már – lévén a jog nem immanens, hanem hozzárendelt, gondolt, akart tulajdonság – nem a megismerés, hanem az akarat, a gondolat, a tudat eredménye. A pozitivista jogszemlélet, különösen a kelseni elmélet ezt igen szigorúan fogalmazta meg, miszerint nem a tény jogellenes (vagy jogoszerű), hanem az én akaratom látja annak, és annak eredményeképp jön létre a tényállás és az arra alapuló ítélet. A tényállás azonban nem ok, hanem eleve okozat – a jogi értékelés (azaz emberi akarat) eredménye. A kép átmerője az akaratomtól függetlenül is annyi, amennyi (amennyi a megállapodott mértékegységgel mérő mérőszalag alapján megállapítható), de esztétikai vagy jogi értéke nem önmagából, hanem az értékelő személy tudatából vonatkozik rá. A kép a megismerési ítéletnek alanya („a kép ennyi és ennyi centiméter átmérőjű”), míg az értékelő ítéletnek tárgya („én szépnek látom a képet”, „én jogellenesnek ítélem az eseményt”). Ha és amennyiben az ítéletalkotási láncolat hierarchizált – ahogy a jogban igen, az esztétikában viszont nem –, úgy a láncolat végén elhelyezkedő ítéletalkotó személy ítélete objektívnak látszhat, lévén nem felülbírálható immár az ítéletalkotási láncolatban legitim módon. Az esztétikában – mivel (hivatalosan) nem alakult ki a jogi döntéshozatali fórumokhoz hasonló ítéletalkotási láncolat – jobban érzékelhető az ítéletek szubjektivitása – igaz, az esztétikai ítéleteket is meghatározzák különféle kánonok –, és egy laikus jobban látja, hogy hiába is okos a képet elemző esztéta, véleménye csak egy a felvethető vélemények közül. A jog azonban egy olyan *mitikus légkört* alakított ki önmaga körül – akár ruházkodásában is (lásd az alkotmánybírák öltözetét, szertartásait¹⁷⁴⁾ –, amely révén azt az *illúziót* keltheti a laikus jogalanyokban, hogy a jogot az alkotmánybíró pusztán felismeri, ahogy felismeri a kép átmerőjét, az utca hosszát, a törvénykönyv súlyát. A pozitív jogi értékelés azonban nem a *reális Sein*ben, nem a leírt szövegben, a megtörtént eseményben, hanem az azt értékelő emberi tudatban (*ideális Sein*) megjelenő tudati tartalom, akarat – amely, ha megfelelően erős és (a jog esetében) megfelelően magas fórum által kinyilvánított, még objektívnak is tetszhet.

¹⁷⁴ Vorländer 2006, 28-29.

III. 2. 3. Realista alkotmány-koncepció

III. 2. 3. 1. Az alkotmányozás funkcionális-egzisztenciális jellege

Az alkotmány (és a jog) *valós* okának kutatására se a pozitivista, se az axiológiai út nem alkalmas. Kelsen egy *már* kialakult jogrendszer ismeretelméletét adja, ontológiai vizsgálódásai normatív (s így igazolatlan) vagy tautologikus kijelentésekbe csúsznak. Miről is van szó még egyszer? A normatív alkotmányozás-fogalom szerint az alkotmányozás során sem lépünk ki a normatív szférából, hanem a meglévő formális keretek közé viszünk be, a meglévő eljárási lehetőségek segítségével, egy új normatartalmat. A normatív alkotmányozáskor ezért egy hirtelen váltás van csak: az egyik percben még a korábbi alkotmányszöveg érvényes, a másikban viszont már a meghatározott többséggel elfogadott új normatextus. Egy ilyen pillanatnyi, azonnali váltáskor valóban megváltozhat a jogrendszer, a *Sollen*-szféra egzisztenciája – elvégre új jog lesz érvényes –, de ha az alkotmányt létjelensékként fogjuk fel, nem állíthatjuk, hogy bármilyen váltás a politikai egzisztenciában néhány másodperc alatt végbe lehet. Persze ez esetben az alkotmányt nem olyan jelensékként értelmezzük, ami által (normatív alkotmányfogalom), hanem *amiben* létezik az állam. Ez a megközelítés igen régi: amikor Arisztotelész osztályozza az alkotmányokat, szintén a politikai egzisztenciájukat vizsgálja, s nem – Lassalle kifejezésével élve¹⁷⁵ – holmi elkülönült papírfecnit. Mivel az alkotmányozás egy valós folyamat, sem a hipotetikus, sem a természetjogi (észjogi) normákkal nem jellemzhetjük,¹⁷⁶ legfeljebb értékelhetjük.

Összefoglalóan azt jelenthetjük ki, hogy az alkotmányozás tényleges leírására (kritikájára) nem alkalmas a pozitív jogi szemlélet, amely minden az *eszközök jogszervűsége* felől, illetve az a „természetjogi” szemlélet, ami pedig minden a *célok igazságossága* felől közelítene meg.¹⁷⁷ Az alkotmányozás nem „normális” (valamilyen norma szerinti) aktus, így sem eszközeiben, sem céljaiban nem vizsgálandó külső szempontok (jogszerűség, igazságosság) alapján. Ezért csak egy realista koncepció képes jogontológiai válaszokra. Körösényi András szerint voltaképp Schmitt az, aki *eleve ontológiai* kérdéseket fogalmaz meg, akinek elmélete nem ismeretelméleti vagy normatív, hanem ontológiai síkon mozog.¹⁷⁸ Lukács György is elismeri, hogy

¹⁷⁵ Lassalle 1958, 42.

¹⁷⁶ Petrétei 2008, 125.

¹⁷⁷ Vö. Benjamin 1965, 31.

¹⁷⁸ Körösényi 2004, 154.

„Schmitt épp azt, amit az újkantianizmus a jogfilozófián kívül helyez, a jogfilozófia tulajdonképpen problémájával fogja fel, ti. hogy milyen hatalom tételezi, illetőleg szünteti meg a jogot”.¹⁷⁹

Az alkotmányozás problematikájákor ezért gyakorlatilag a senki földjén találjuk magunkat; ahogy Andreas Anter írja: „[a]z alkotmányi kérdések [...] rég nem jogi területek”,¹⁸⁰ s így a reálisan létező hatalmi viszonyok határozzák meg, mi legyen majdan a jog. Semmiféle *Sollen* (jog) vagy *Dürfen* (etika) nem korlátozza ténylegesen a *Können* (hatalom) világát. Ahogy a korábbi német alkotmánybíró, a neves bonni közjogász Udo Di Fabio írja: „[a] történelem arra figyelmeztet [...], hogy a politikai hatalom jog vagy morál által nem korlátozható tartósan”.¹⁸¹

Kelsen – mint fentebb olvashattuk – belátja, hogy a jogszületés nem a *Sollen* világa, sőt egy késői tanulmányában egyenesen úgy fogalmaz, hogy „a Sollen és a Wollen között lényegi kapcsolat áll fenn”.¹⁸² Kelsen azonban a reláció egyik, normális (norma szerinti) oldalát elemzi csupán, holott – ahogy Paul Noack írja: – „[a normától való] eltérés mutatja csak meg, milyen esélyei vannak annak, amit »normalitásnak« nevezünk”.¹⁸³ Ám ehhez nem a normalitás normativitásából, hanem a ténylegesből kell kiindulni. Ezért ha az alkotmányozást vizsgáljuk, látnunk kell, nem normatív keretek között zajló folyamatról van szó, majdan a folyamat végén alakulnak ki e normatív keretek. Először a „*normatív semmi*” van. Ahogy Derrida szemléletesen írja: „Az alapító tett erőszakos struktúrája hallgatást rejt”.¹⁸⁴ Mégpedig a jog hallgatását.

Schmittnél mindenig a konkrét helyzetben dönteni tudó tényező az alkotmányozás alanya.¹⁸⁵ Definíciója szerint „[a]z alkotmányozó hatalom az a politikai akarat, amelynek hatalma vagy autoritása képes a politikai egzisztencia formájáról és jellegéről meghozni a döntést”.¹⁸⁶ Pasukanisz ugyan marxista ízű terminológiával, de a jogalkotás valószerűségéből kiindulva, tehát eredményében sokkal inkább tudományosan, mintsem ideologikusan állítja ugyanezt: eszerint a jogi „felépítmény” esetén „egy normatételező autoritás [...] létét (adottságát) [kell] előfeltételezni”, azaz „a jogi felépítmény a politikum következménye”.¹⁸⁷ A schmitti koncepcióban is az állami (politikai) rend a *Verfassungsgesetz* előtt már létezik, és

¹⁷⁹ Lukács 1978, 585.

¹⁸⁰ Anter 2004, 166.

¹⁸¹ Di Fabio 2003, 11.

¹⁸² Kelsen 1968, 1977.

¹⁸³ Noack 1993, 307.

¹⁸⁴ Derrida 1991, 28.

¹⁸⁵ Winterhoff 2007, 128.

¹⁸⁶ Schmitt 2003, 75.

¹⁸⁷ Paschukanis 2003, 89-90.

egzisztenciális értelemben mindaddig nem történik tulajdonképpen semmi sem egy alkotmánymódosítás vagy egy új alkotmányszöveg elfogadása során, míg azok nem érintik magát a politikai összállapotot.

Az alkotmányozás alatt az alkotmány átfogó tartalmi megváltoztatását értjük. A korábbi alkotmánytörvény nem rendezheti annak kérdését, hogy mikor és hogyan megy végbe az alkotmányozás, mert az éppen a korábbi normatív keretek túllépését, egy új léttállapot, s az azt fenntartó, biztosító normatív szabályozás megszületését jelenti. Azaz „egy alkotmány legitimitása nem azt jelenti, hogy egy alkotmány a korábban érvényes alkotmánytörvények szerint jött létre.”¹⁸⁸ Ezért faktuális-egzisztenciális jelenség az alkotmányozás. 1. *Faktuális*, mert nem a *Sollen*, hanem a *Sein* szférában megy végbe, s nem a korábbi *Sollen* által meghatározva, hanem tőle szabadulva, ill. 2. *egzisztenciális*, mert az állami léttet, az államot mint politikai egzisztenciát, s nem csak a jogrendszeret érinti.

A hatalom sem a joggal születik, hanem előtte: a ténylegesség szférájában kikristályosodó és akaratát hatékonyan érvényesíteni tudó *döntésben*. Az alkotmányozás révén a korábbi keret (*Sollen₁*) egy faktum révén megszűnik létezni, hogy a tiszta faktuális szférában (*Sein_F*) megjelenő akarat megteremthesse az új léttállapot új normatív keretét (*Sollen₂*). Az alkotmányjog általában azt tanítja, hogy maga a fennálló alkotmány (*Sollen₁*) szabályozza az alkotmányozást is, a *Sollen₁*-ből a *Sollen₂*-be való átlépést, megmondva, milyen többség szükségeltetik az alkotmányozásra felruházott testületben az új alkotmány elfogadásához, vagy esetleg eleve megváltoztathatatlanak nyilvánítva bizonyos alkotmányi részeket. Eszerint az alkotmányozás a *Sollen₁* keretei között lezajló folyamat lenne. E pozitivista alkotmánytan értelmében a normatív kommunikációs csatorna, amelyben és amely által a változás végbemegy, a *Sollen₁* „teremtménye”, ám az új impulzusok a régi csatornában is vezethetnének ennek nyomán új eredményre. Az alkotmányozás ontológiai többletminősége így nem a kommunikációs csatorna új tartalmában, hanem azon kívül, azelőtt keresendő.

A normatív felfogás szerint az alkotmányozás azt jelenti, hogy az ilyen szándékú *inputra* a jog a maga formalizált eljárásával új alkotmány formájában válaszol (*output*), azaz az új alkotmány a korábbi jogrendszer *outputja*. Erre utal Kelsen is, amikor az érvényességi láncolatnál már-már görcsösen a normatív rendszeren belül akar maradni, azt feltételezvén, hogy „[h]a [...] az alkotmány érvényességének alapjára rákérdezünk, [...] akkor esetleg egy régebbi alkotmányra bukkanunk”.¹⁸⁹ Kelsen – amint feljebb írtuk – eleve *egy normatív rendszeren belül* képes csak az érvényesség fogalmát megragadni, s ezért van szüksége a

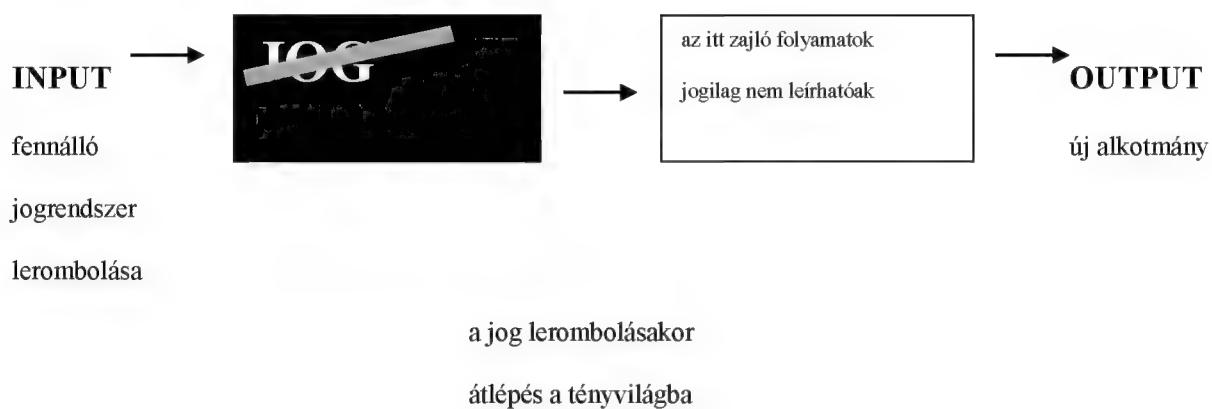
¹⁸⁸ Schmitt 2003, 88.

¹⁸⁹ Kelsen 2001, 36.

hipotetikus alapnorma fikciójára. A realista jogelmélet azonban a jog megszűntével is számol, sőt, egy tényhelyzetet tart a jogrendszer forrásának, érvényesség-indító alapjának. Tény, szigorúan jogi nézőpontból azért jelent problémát egy másik alkotmányba való átmenet, mert közben megszakad a jogi kontinuitás: lesz egy olyan pont, teoretikus időtartam, amikor a klasszikus jogtudomány fogalmai nem megfelelők a jelenségek jellemzésére,¹⁹⁰ ekként az új alkotmány nem a korábbinak, hanem egy jogi vákuumnak az *outputja*. (Lásd 5. ábra!)

[5. ábra]

jogszületés inputja, outpoutja



Nos, a kelseni elméletben ábrázolt érvényesség csak egy normális állapot jellemzője lehet¹⁹¹ – *in statu nescendi* jogrendek azonban nem normális, hanem legfeljebb normalizálódó állapotok; így nem az érvényesség, hanem a ténylegesség jellemzi őket. Azaz a kelseni alkotmány-fogalom a schmitti relatív alkotmány fogalmával feleltethető meg – ez azonban, realista nézőpontból, pusztán egy előzetes rend, a politikai egzisztencia, a schmitti értelemben vett *Verfassung* normatív kerete. Mivel Kelsen csak a normatív keretre koncentrál, valóban nem tudja (nem akarja) magyarázni azt a helyzetet, amikor a normatív keret megszűnik érvényesülni (kilépés a tényvilágba), ill. amikor új rend érvényesül (a jog előzetes rendjének létrejötte).

¹⁹⁰ Lippold 2000, 250-251.

¹⁹¹ Dias 2005, 228.

III. 2. 3. 2. A realista koncepció sematikus ábrázolása

Az alkotmányozás realista felfogása az alábbi séma szerint írható le: a korábbi *Sollen₁* szférában olyan változások mennek végbe, amelyek immár nem, vagy csak önrombolólag magyarázhatók a *Sollen₁* szféra normáival, fogalmaival. Ha egy országban forradalom tör ki, akkor ugyan továbbra is érvényes a *Sollen₁* – hiszen az érvényesség normatív jelenség, s nem ténylegességet jelent –, de ez a *Sollen₁* képtelen lesz immár érvényességet érvényesíteni, vagy ha mégis, akkor a túlzott érvényesítési szándékok önromboláshoz vezetnek.¹⁹² Egyrészről azért, mert maga a normatív rend is esetleg megszegi már saját normáit – tehát az érvényesítők is a faktuálitás aktorai lesznek –, másrészről pedig a túlfeszített államgépezet (jogrend) és a fokozódó ellenállás tovább mélyíti az érvényesség (*Sollen₁*) és a ténylegesség (*Sein_F*) közti szakadékot. Ahogy Carl Schmitt írja:

„Minden norma normális helyzetet előfeltételez, és a jogi norma nem lehet érvényes egy vele szemben teljesen abnormális helyzet számára”,¹⁹³

azaz a hagyományos jogi leírás értelmét veszti ilyenkor, mert a belső ellentétek olybá intenzíváldnak, magyará: *politikaivá válnak*, hogy a konfliktusok végét csak valamely politikai akarat politikai döntése jelentheti.¹⁹⁴ Ha azonban nem politikailag, hanem jogilag nézzük az ilyen folyamatokat, akkor az ily helyzetekben érvényesség-kollízióról beszélhetünk,¹⁹⁵ ugyanis ütközik egymással a jogi és a szociális érvényesség. Azt, hogy melyik fog aztán legalisan és legitim módon érvényesülni – azaz melyikben egyesül a jogi és a szociális érvényesség –, a konfliktus után lehet csak megmondani. De mi érvényesül a konfliktus alatt? Ugyebár vagy a régi jogrendszer (ugyanis az őt leváltó még nem volt képes ténylegesen, teljesen, és főleg jogi értelemben leváltani a régit), vagy a konfliktus végén győztes – mintegy visszamenő hatállyal –, vagy mindenkor, konkurálva egymással?¹⁹⁶ E vita elméleti jellegű és esetleges megoldása is hipotetikus vagy ideologikus funkciót tölthet csak be. Valójában az érvényesség-kollízió idején a folyamatokat a *Sein_F* szféra belső önmozgásai határozzák meg, de a folyamatok során eleve nem is beszélhetünk *stricto sensu* érvényesség-kategóriáról, mert érvényesség csak rendszer-szinten releváns, az valamiféle kialakultságot

¹⁹² Így érhető meg az a Walter Benjamin-féle tézis, hogy a „jogmegtartó erőszak” is eleve tartalmaz belső fenyegetést a jog integritására.

¹⁹³ Schmitt 2002, 31.

¹⁹⁴ Schmitt 2000, 26. et passim

¹⁹⁵ Ha Bódig Mátyás Kelsen-interpretációját követjük, nem alakulhat ki ez a kollízió, ui. az érvényesség és a hatékonyság nem két, egymással akár kijátszható fogalom, hanem az érvényesség a normák létállapota, míg a hatékonyság azon tények jellemzője, amelyekhez potenciális jelentésként társul(hat)nak a normák. Bódig 2007, 203.

¹⁹⁶ Alexy 2005, 145-146.

feltételez.¹⁹⁷ A folyamatok jogisága *majdan* attól függ, hogy melyik „erőszak”¹⁹⁸ – a korábbi jogot megtartani vagy az újat létrehozni akaró – kerekedik-e felül a „kivételes állapotban”.¹⁹⁹

Mikor születhet új *Sollen*? Értelemszerűen nem a „jogmegtartó erőszak” győzelme esetén – noha ez is egy faktuális folyamat eredménye lenne –, hanem a „jogtételező erőszak” sikerekor. Az alkotmányozás ilyenkor egy faktuális folyamat következménye. Ha sikerül egy új alkotmányt elfogadtatni a ténylegesség szféráján belül – azaz megteremthető a „homogén közvetítő közeg”²⁰⁰ –, akkor valamilyen legitimációs aktus keretében a ténylegesség szféráján belül létezőből (új *Verfassung*) a normatív szférában érvényes jelenség (az új *Verfassungnak* formát adó *Verfassungsgesetz*) válik. Ekkor már nem a ténylegességtől, hanem az érvényesség érvényesítésétől függ a győztes „jogtételező erőszak” megvalósulása. Az alkotmány (*Verfassung*) születése is tehát a hatalomhoz (*Macht, Gewalt*) kapcsolható. A hatalom weberi meghatározása szerint pedig voltaképp annak esélyét jelenti, hogy „egy társadalmi kapcsolaton belül ellenkező törekvessel szemben [sikerül] keresztlüvinni a saját akaratot”.²⁰¹ Azonban ahhoz, hogy ez az esély ne holmi matematikai véletlenszerűség, hanem részben elfogadott állapot legyen, legitim indokokkal kell bírnia a hatalomnak. Mitől elfogadott (weberi értelemben legitim) az uralom? Azon októl, amely a címzetti körben mint pszichológiai azonosulás vagy legalább potenciális azonosulás felfedezhető: ez az elfogadás nyugodhat az uralom legalitásán (*legális uralom*), a fennálló hagyományokban (*tradicionális uralom*) vagy egy vezér személyes tulajdonságaiban (*karizmatikus uralom*).²⁰² Mivel a modern államban – szervezeti okokból kifolyólag is – a legitimítás alapja a legalitás, az állam a jogatámaszkodva szerveződik. Az alkotmány pedig ama előzetes rend, amely a jogi rendet rendezi.²⁰³

A ténylegességen belüli magatartásokat bizonyos kauzalitás jellemzi, mihelyt azonban kialakulnak a jogi keretek, a magatartások – immár visszamenőlegesen is – megfeleltethetők egy mintának, azaz megjelenik az érvényesség kategóriája, és a cselekedetek ekként, egy eljárási kommunikációban (az érvényesség érvényesítésével) többletjelentést nyernek. A *Sein_F* szférán belüli önmozgások így sohasem a *Sollen₁*, hanem – *ex post facto* – a *Sollen₂*

¹⁹⁷ Heller 1983, 285.

¹⁹⁸ A német *Gewalt* kifejezése adná vissza a leg pontosabban azt, amire az „erőszak” alatt gondolunk, ez ui. hatalmat, tehát eleve valami legitimet is jelent, de azon túlmutató erőszakot is; ez esetben pedig éppen nem gond, hanem megtermékenyítő a fogalmi bizonytalanság (elvégre a jelenség maga is bizonytalan).

¹⁹⁹ Herrfahrdt azonban arra a jogbiztonsági követelményre mutat rá, hogy a forradalom után – míg az új alkotmány kellőképp nem érvényesül – a korábbi írott alkotmányt kell érvényesnek tekinteni. Herrfahrdt 1970, 85.

²⁰⁰ Schmitt 1992, 5.

²⁰¹ Weber 2006, 62.

²⁰² Weber 2006, 218. et passim

²⁰³ Vö. Anter 2004, 161.

szemszögéből ítélezhetők meg.²⁰⁴ minden bizonnal egy győztes forradalom képes lesz állam- és jogelméletileg igazolni a megelőző tényleges mozgásokat, elvégre – ahogy Andrew Arató írja szellemesen – „[n]ehéz [...] elutasítani a forradalom legitimációját, miközben az ember forradalmat hajt végre”.^{205;} ²⁰⁶

III. 2. 3. 3. A forradalom mint jogforrás?

Ha a jogi realizmusnak igaza van, akkor az alkotmány egy forradalmi helyzet, de legalábbis egy jogon kívüli állapot eredménye – azaz vizsgálatakor óhatatlanul kilépünk a jogtudomány szűken vett területéről. Ezt a tényállapotot jogilag nehezen tudjuk leírni, mivel a jog szókincsével a jogon kívüli világot nem, vagy legalábbis nevetségességesen irreálisan tudjuk csak megragadni. A korábbi jog érzékeli ugyan, hogy valamiféle jogellenes cselekedetek zajlanak, s ezeket képes is kommunikációs csatornáján belül, bináris kódrendszerével jellemezni, de a jogellenesség hipertrófiája a jogszerű válasz, a bináris kód deformálódását és végül eltünését eredményezi. A jogellenesség is igényel valamiféle fennmaradó, érvényesülő jogszerűséget (amivel szemben ő jogellenes lehet), így ennek az elmaradása, azaz a jogszerűség teljes érvényesítetlensége, megszűnése, eleve értelmetlenné teszi az „ez a cselekedet jogellenes” típusú kijelentéseket, hiszen – a valóságot nézve – immár nincs semmi, ami vele szemben a jogszerűség jellemzőjével bírna. A forradalomban nem csak a kezdetben jogellenes aktorok, hanem az eredetileg a jogszerűség díszruháját magukra öltő szereplők is (rendőrök, igazságszolgáltatás stb.) kilépnek tényleges cselekményeik során a jogszerűség szférájából. És ha a kommunikációs „értékdúál” egyik oldala („jogszerűség”) „kiesik”, a másik („jogszerütlenség”) értelmét veszti. Hiszen nincs már mihez képest „jogszerűnek” / „jogszerütlennék” lenni. A forradalom nyelvezete ezért nem a jog nyelve, s mihelyt a forradalom nyelvezete határozza meg a cselekmények logikáját, önképét, önleírását, átlépünk a ténylegesség szférájába. A forradalomban, a ténylegességen tehát feloldódik, szublimálódik a jogi kommunikáció.

Az új, majdani jogi kommunikáció forrása lehet-e azonban a forradalom? Ez a jog érvényességének alapvető kérdését veti fel. Anélkül, hogy ezt a bonyolult kérdést megválaszolnánk, Radbruch nyomán felvázoljuk a lehetséges eddigi utakat, próbálkozásokat. Gustav Radbruch szerint a jog érvényességére irányuló kérdések háromféléképpen válaszolhatók meg: jogilag, ténylegesen és idealistán.

²⁰⁴ Derrida 1991, 79.

²⁰⁵ Arató 1999, 159.

²⁰⁶ Az 1918-as német forradalom során hozott döntések is csak utólag váltak „jogszerűvé”, ld. Übergangsgesetz 1919, 240.

(1) A jogi érvényességtan nem lép ki a jog zárt szférájából, azaz egy norma érvényességét egy másik norma érvényességeből vezeti le. Amint azt fentebb láttuk, e zárt gondolkodás nem képes az alkotmány érvényességét megmagyarázni, vagy legalábbis – Radbruch szerint – egy feloldhatatlan *circulus vitiosusba* jut, amennyiben is a jogilag értelmezett államot a jogra magára, a jogot magát pedig a jogilag értelmezett államra vezeti vissza.²⁰⁷ Kelsen elméletében egyébként is az érvényesség relatív fogalom, mert nem az egész jogrendszer érvényességét mint olyat, hanem a jogrendszer normáinak érvényességét magyarázza csak (*relativitás*), mégpedig egy másik normából levezetve (*derivativitás*). Azonban Kelsen nem mondja meg, hogy miért lenne az érvényes önmagában, amire a normát visszavezetjük,²⁰⁸ mert annak érvényességét is egy még feljebb álló normától származtatná. Ezt nevezi Robert Alexy a jogi érvényesség „belső problémájának”. (A „külső probléma” pedig a másik kettő érvényességformához – a társadalmihoz és a morálishez – való viszonya.)²⁰⁹ Kelsennél az a kijelentés, hogy „*N* norma érvényes”, abszolút értelemben véve, teljességgel értelmetlen, mert Kelsen az érvényességet egy zárt rendszeren belüli kapcsolatból ($N_1 \rightarrow N_2$) vezeti le, miközben a rendszer egészének érvényességét nem tudja megfelelően (értsd: elméletének megfelelően) megválaszolni. De mert éppen csak a rendszeren *belül* vizsgálja az egyes részek érvényességét, nem kell kitekintenie a rendszerből, és a Sollent a Seintől teljesen függetlenítheti elmélete szempontjából (miközben ha eltekintünk a hipotetikus alapnorma fikciójától, akkor – amint az első fejezetben ábrázoltuk – valójában a „naturalista hibába” esik). A jogrendszer érvényességére irányuló kérdés megválaszolásánál óhatatlanul olyan kompromisszumokba kényszerül Kelsen, amelyek a korábbi, szigorú megkülönböztetéseket relatívvá teszik. Kénytelen ugyanis elismerni, hogy a jogrendszer egészének érvényessége, azaz az alapnorma érvényessége – a belső érvényességszármaztatási láncolatnak az alapnorma a kiindulópontja, így a rendszer érvényességének vizsgálatakor, ennek érvényességére kell „csak” fókuszálnunk – a hatékonysággal áll összefüggésben: „Az emberi magatartást szabályozó jogrend érvényessége [...] a hatékonyságtól [függ].”²¹⁰ A naturalista hibát elkerülő, szigorúan normativista érvényességfogalom tehát csak a rendszeren belül, a normák vonatkozásában tartható, hiszen ott nem feltétel, hogy az egyes norma érvényesüljön is, elég ha normatíve egzisztál, azaz érvényes.^{211; 212} Hogyan áll ez az elmélet a forradalommal? Kelsen

²⁰⁷ Radbruch 1914, 159.

²⁰⁸ Vö. Ross 1989, 260.

²⁰⁹ Vö. Alexy 2005, 143.

²¹⁰ Kelsen 2001, 39.

²¹¹ Kelsen 2001, 40.

²¹² Bódig Mátyás szerint viszont helytelen lenne az érvényesség és a hatékonyság közti párhuzam Kelsen által felismert jelenségeben a kelseni tisztság megsértését látni, ui. „[a] hatékonyságfeltétel (...) egyszerűen abból következik, hogy Kelsen szerint a normatív értelmezés bizonyos tények egyik lehetséges értelmezése. [Azaz a] jogtudós csak egy működő (azaz szociológiai értelemben hatékony) kényszerrend esetében állhat elő normatív értelmezéssel”, magyaráz Kelsen

is számol a forradalom jogrendszer-teremtő jellegével. A forradalom nála is tényfolyamat, s amennyiben sikeres lesz (tehát az általa elképzelt rendet hatékonyan megszilárdítja), akkor voltaképp a hatékonyság révén az új rend válik érvényessé. Normativista terminológiával élve, a forradalom nem más, mint *új alapnorma tételezése*, amely aztán az összes többi belső norma (alkotmány, törvény, rendelet, bírói ítélet stb.) érvényességét kiváltja. Az egész jogrendszer érvényességét viszont kénytelen a hatékonyságtól függővé tenni, ezáltal Kelsen tiszta jogtana is elismeri a sikeres forradalom jogforrási jellegét, ezzel pedig implicite az episztemológiaiak kezelt és élesen szétválasztott Sein- és Sollen-szféra ontológiai egymásra utaltságát, komplexitását.²¹³

(2) A faktikus érvényességtan egy hatalmi helyzetből, a jog tényleges érvényesüléséből következtet annak érvényességére – ahogy Radbruch írja:

„A jogtudomány nem dönthet a jogrend érvényességről – [...] Az a jogrend érvényes, amelyik a konkuráló jogrendekkel való harcban sikeresen teremtett magának tényleges hatékonyságot...”²¹⁴

Az a „jog”, amely mögött egy győztes forradalmi erő áll, válik joggá. A *Verfassung* tehát az érvényesülés megteremtését (*Verfassen*) jelenti. Radbruch azonban rámutat arra, hogy ez a megfigyelési álláspont – legalábbis szerinte – nem a jogászé, hanem a történészé és a szociológusé, mert

„a jogásznak és a jogfilozófusnak minden egyedi esetben követelnie kell a jog érvényességének bizonyítékát, és ezért nem azonosíthatja az érvényességet a hatékonysággal, a hatalommal, amellyel nem rendelkezik a jog minden egyedi esetben.”²¹⁵

Ha ugyanis kizárolag szociológusként tekintenénk egy olyan társadalomra (vagy akár annak egy részére), amelyben a többség ilyen vagy olyan okokból kifolyólag bűnözésből tartja el magát, s a rendőrség képtelen ettől visszatartani, nos, akkor ebben a társadalomban valóban az ököljog tűnhetne jognak. Holott a jog éppen akkor kell, hogy megnyilvánuljon, amikor nem engedelmeskednek neki. Ha ennek hiánya esetén a jog hiányát is megállapítanánk, akkor a jog represszív jellegét tagadnánk, s a társadalmilag elfogadott, követett jelenséget tekintenénk csak jognak. Ezért fontos, hogy az érvényesség és az érvényesülés ne mosódjék össze, azaz a jog őrizze meg a társadalmitól való különállását, hiszen – ahogy Lukács György is rámutat –

hatékonyságfeltétele nem a normákra vonatkozik (amelyek *csak* érvényesek), hanem a normák jelentését adó tényállásokra. Vö. Bódig 2007, 203.

²¹³ Vö. Peschka 1972, 54-55. et passim.

²¹⁴ Radbruch 1914, 163-164.

²¹⁵ Radbruch 1914, 165.

csak így biztosítható, hogy a létnek lesz mintaként szolgáló célja.²¹⁶ Különben az van, ami van – mindez pedig nem igényel jogtudományi elmélyülést. Míg Kelsen szerint egy jogrendszeret csak a *logikai ellentmondás* („*A* legyen és *nem-A* legyen”) vethet szét,²¹⁷ a szociológiai elmélet szerint az ún. *teleológiai ellentét* („*A* legyen és *nem-A* van”) szintén lerombol(hat)ja. A jog viszont akkor érvényesül, amikor nem hatékony – amikor tehát *nem-A van* (azaz jogszertést követnek el) –,²¹⁸ s ezért pusztán a pillanatnyi hatékonytalanságból nem következtethetünk érvénytelenségére is. Ám ha nem is érvényesítetik, tehát a jogszertésre nem is adatik jogi válasz – azaz végül tényleg *nem-A lesz* –, akkor végső soron megkérdőjeleződik az egész jogrendszer léte. A két érvényességfogalom összetársítható, amint Pokol Béla is külső és belső érvényességről beszél.²¹⁹ A jog belső érvényességét valóban leírhatjuk a kelseni modellel, míg a külső érvényességét a ténylegességgel, azaz az érvényesüléssel állíthatjuk párhuzamba.

(3) A filozófiai érvényességtan messzire tekint, a Sollen és a Sein valóságán túl, s azt kérdezi, hogy miért *kell* (morális értelemben, azaz a kényszeren túlmutató okokból) követni a jogot.

Nos, ha a forradalom jelenségét tekintjük, láthatjuk, hogy a jogi érvényességtanban a forradalom értelmezhetetlen kategória, amelynek legalábbis csak érvényességromboló, s nem teremtő funkciója van. A filozófiai érvényességtan kíváncsisága pedig a jog érvényességénél nem állna meg, hanem a forradalomnál is továbbkérdezősködne annak legitimitása iránt, újabb szép, de cáfolható teóriák felállításával. A faktuális érvényesség-származtatás – tehát ahol a jog mint *law in action* jelenik meg – képes viszont *jogilag megragadni* a forradalmat,²²⁰ tehát azt az állapotot, amikor a politikai közösség lényegéről szóló normákat már nem követik, és a közösségen belüli politikai cselekvést más események, aktorok s faktorok határozzák meg.

Lehet-e tehát akkor jogforrás a forradalom? A ténylegességből származhat-e jog? A faktuális érvényességszármaztatási tan számára nem kérdés, hogy igen, hiszen minden jog a ténylegességtől függ, s így a jog végső oka is ebben keresendő. A korábbi jogrendszerből az újba viszont nem léphetünk át a korábbi jogrendszer folyosóján (mert akkor az új jogrendszer nem lenne új, hanem a korábbiba eleve vagy lehetőségszerűen „belegondolt”), hanem csak a tényszférába való kilépéssel. Ez a kilépés mint aktus ugyanúgy tény, mint a tény lezárása

²¹⁶ Idézi Peschka 1972, 34.

²¹⁷ Kelsen 2001, 17.

²¹⁸ A jog lényegi eleméhez tartozik a jogszertés, hiszen csak a jogszertés megléte mellett jelentkezhet a jog jogként, tehát normatív válaszként (Kelsen 2001, 16.), mert a tény- és a norma-szféra folyamatos egyezése esetén értelmét vesztené a jog jelensége, mert olyasmit parancsolna, ami egyébként is fennáll, márpédig „[n]incs értelme elrendelni azt, amiről féltehető, hogy természetű szükségszerűséggel amúgy is bekövetkezik” (Kelsen 2001, 38.).

²¹⁹ Vö. Pokol 2005, 243.

²²⁰ Vö. Zippelius 1997, 17.

(alkotmányozó döntés), s mindenki tőre, azaz a kilépésre s a kilépés lezárására is legtipikusabban forradalmi helyzetekben kerülhet sor. Ergo a forradalom (mégis) jogforrás. De csak a szociológiai jogforrás-fogalom értelmében, ahol a jog alapja (forrása) az érvényesülés (s nem a pusztta egzisztálás, azaz az érvényesség) – márpedig egy győztes forradalom *alatt* és *után* a nép a tényleges hatalomnak engedelmeskedik, vagy legalábbis a tényleges hatalom képes akaratát kikényszeríteni. A közjogban a tényleges hatalom és a jogi hatalom valahogy úgy viszonyul egymáshoz, mint a magánjogban a birtok és a tulajdon²²¹ – azzal a nem jelentéktelen különbséggel, hogy míg a birtok jogilag bizonyos védelmet élvezhet, s jogilag előre szabályozottan válhat tulajdonná (elbirtoklás), addig a közjogi ténylegesség a jogi hatalom oldaláról (fennálló jogrendszer) semmiféle védelemben, biztosítékban nem részesül, noha idővel maga is jogilag biztosítottá válhatik, viszont az idő (hasonlóan a birtokhoz) szintén jogerősítőleg hathat (elbirtoklás).

III. 2. 3. 4. A jog dekonstrukciója

A *Sollen₁* tehát nem normatív, hanem faktuális aktus révén szűnik meg érvényesülő érvényességgel bírni – az érvényessége ezzel szemben sohasem szűnik meg, hiszen ahoz a *Sollen₁* szférán belüli érvénytelenítési módokat (parlament általi visszavonás stb.) kéne felhasználni. Új alkotmány – mint új egzisztencia – nem a *Sollen₁* érvénytelenítésével, hanem érvényesítetlenségevel születik, hiszen az alkotmány nem normatív, hanem tényjelenség, ezért sem születése, sem megszűnte nem kapcsolható normatív (jogi) folyamatokhoz, hanem csak a ténylegesség önmozgásaihoz. Az alkotmányban, mint a jogi felépítmény csúcsában, aztán egyesül a szociális és a normatív érvényesség-fogalom, ám a normatív adódik a szociálisból. Az alkotmány normatív érvényességének végső alapja tehát a *ténylegesen bekövetkezettnek* az elfogadása.²²² A realista ontológia szerint – ahogy Karl Olivecrona írja – „közvetlenül vagy közvetve minden alkotmány vagy háborúból, vagy forradalomból származik.”²²³ Carl Schmitt hasonlóan ír:

„Egy alkotmány nem egy olyan normán nyugszik, amelynek helyessége lenne az [alkotmány] érvényességének alapja. [Az alkotmány] egy, a politikai valóságból származó, a módról és a saját létét meghatározó normáról szóló politikai döntésen nyugszik.”²²⁴

²²¹ Vö. Herrfahrdt 1970, 57.

²²² Winterhoff 2007, 144-145.

²²³ Olivecrona 1981, 344.

²²⁴ Schmitt 2003, 76. (kiemelés tőlem)

E koncepcióhoz áll közel Jacques Derrida elmélete.²²⁵ Szerinte ha linearitásban nézzük a jogot, a jog forradalmi állapotból, erőszakból születik, ahol önmaga realizálja önmagát. Mert ha az új jog a régi jog talajából nőne ki, nem is lenne újszerű: legitimítása nem önmagától, hanem a régi jogtól származna. Derrida kiveszi a talajt a jog alól, mert szerinte a „jog” szövegként bárhogyan értelmezhető (nem lévén immanens objektív jelentése), időbelileg és elméletileg nézve pedig „alap-talan”, „meg-alapoz-atlan” jelenség (*a jog dekonstrukciója*),²²⁶ hiszen a jogban minden – textus, kontextus, cselekvés és annak jogi értékelése – többjelentésű. Mindez azonban nem a jog tagadását eredményezi. Jacques Derrida sokat sejtető kijelentése szerint: „a dekonstrukció az igazság”.²²⁷ Mit is jelenthet mindez? Nem az igazság tartalmi koncepcióját – hanem módszerét. Az igazság tehát dekonstrukció révén érhető el. Amennyiben lebontjuk a teremtett fogalmi világot, jogi mítoszokat, hiedelmeket, juthatunk el a valósághoz. A valóság – az „igazság” – azonban nem a semmi. A jogi dekonstrukció arra mutat rá, hogy ugyan a jog *nem van* – hiszen nincs valós léte, csak érvényessége, amely viszont kijelentés, de nem valóság –, ám a jognak van ontológiai környezete: oka, létrejötte, érvényesülése, amely már *van*. Ennek jelentősége főleg a voluntarizmus konzervatív kritikájában jut érvényre.

III. 2. 3. 5. Az akarat mint az érvényesség feltétele

A jog egy érvényes és érvényesülő kényszerrend. Érvényes, azaz a Sollen-szférában egzisztál, és kötelezettséget fejez ki, amely kifejezés lehetősége nem függ a kifejezés megvalósulásától. Am mivel a jog érvényesülő rend is, az érvényes kifejezések igénylik a megvalósulás lehetőségét²²⁸ (ami továbbra sem jelenti, hogy magát a megvalósulást igényelnék, hiszen ez esetben érvényesség és érvényesülés egyet jelentene). Ha az érvényes akarat pusztán az akarat megfogalmazása révén érvényesülne, akkor az érvényesség és az érvényesülés egybe esne, azaz a Sollen voltaképp a Seint fogalmazná meg egy más nyelvtani szerkezetben, azt írva tehát elő kellőként, ami eleve is van. Ez esetben állíthatnánk, hogy az érvényes jog érvényesülése természetes. Mivel azonban a jogról való gondolkodás elsődleges feltétele, hogy megőrizzük az érvényesség és az érvényesülés kettőségét – ha ugyanis ez összemosódik, már nem jogról, hanem a létező mindenről (minden létezőről) beszélünk –, nem tagadhatjuk, hogy *a jog egy kényszerrend*. És e jellege nem mellékes, mert épp ezáltal fejezzük ki a jogról

²²⁵ Minderről ld. Derrida 1991, 27-30., ill. 72-114.

²²⁶ Derrida 1991, 30.

²²⁷ Uo.

²²⁸ A göttingeni Sabine Müller-Mall különbséget tesz érvényesség (*Geltung*) és normativitás (*Normativität*) között: az első a norma absztrakt lehetősége arra, hogy hatni tudjon, a második viszont maga a konkrétan kifejtett képessége arra, hogy hasson. Vö. Müller-Mall 2007, 18.

való *gondolkodhatóság* elsődleges feltételét: az érvényesség és az érvényesülés kettőségét. Miért is? Gondoljunk bele, mi lenne annak a következménye, ha azt állítanánk, hogy a jog elsődleges megkülönböztető jegye és lényege nem a kényszerben van! Egy ilyen állítás implicit két további vagylagos állításba gondolható tovább: 1. vagy a jogot teljességgel a Sollen-szférába utaljuk, és logikai kategóriaként kezeljük, nem is tartva fontosnak a társadalmi interaktivitását, azaz az érvényesülését (noha még a szigorú normativista Hans Kelsen is egy minimumhatékonyságot elvárt azért a jogrend egészétől), 2. vagy pedig a jogot teljességgel belemossuk a valóságba, azt gondolva, hogy jogilag nézve is igaz az a fizikai törvényekre alkalmazható állítás, hogy úgyis az van, aminek lennie kell, s úgyis annak kell lennie, ami van. Azonban éppen Kelsen állapítja meg, hogy „ahogyan lehetetlen az érvényesség meghatározásánál a valóságtól elvonatkoztatnunk, éppen úgy lehetetlen az érvényességet a valósággal azonosítanunk”.²²⁹ A szigorú, a jogot csak logikai összefüggéseiben kezelő normativizmus a valóságról szakítaná le a jogot; a természetjogias gondolkodás viszont azonosítaná a valósággal a jogot (a természetjog számára ugyanis a jog is csak azon *Sein* egyik eleme, amely felett a természetjog mint *Sollen* helyezkedik el²³⁰). Az eredmény minden esetben ugyanaz: a jog funkcionális értelmetlensége. A normativizmusnál a jog teoretkus értelmét megőrizhetné, gyakorlati értelemmel viszont épp nem bírna, hiszen kihagynánk a fogalmi meghatározásából a céljába implikált társadalmi meghatározottságot és meghatározást. A második koncepciónál viszont tudományos és gyakorlati értelmét is elveszítené a jog: tudományosan, nem elkülönülvén immár, nem lenne vizsgálható, gyakorlatilag pedig szintén nem bírna autonóm értelemmel, mert egy nagyobb értelelem (*Sein*) része lenne. A jog kényszerrend jellege biztosítja, hogy a jog úgy lehet érvényes és érvényesülő rend, hogy közben az érvényesség és az érvényesülés nem egymás szinonimája, hanem esetleg feltétele csak. (Azaz a jog azért van – érvényes –, hogy célja szerint alakítsa a társadalmat, tehát érvényesüljön, ám az érvényesülésről csak akkor beszélhetünk, ha van egy minta – maga az érvényes jog –, amelyhez képest lehetséges inkább vagy kevésbé érvényesülést megállapítanunk. Az érvényességnek tehát célja az érvényesülés, az érvényesülésnek pedig feltétele az érvényesség. Ha összemosódnak, a jog a célját, a jogszérűség a feltételét vesztené.) Ha tagadjuk a kényszert, tagadjuk a jog értelmét, teleologikus, jövőre orientált és társadalmi jellegét. Mivel az érvényes jog nem eleve azonos az érvényesülővel – azaz nem minden *van*, aminek lennie *kell* –, így az érvényes tartalom sem eleve, hanem a kényszer, az akarat révén érvényesül.

²²⁹ Kelsen 2001, 39.

²³⁰ Peschka 1972, 33.

A jog egy érvényes és érvényesülő kényszerrend: egy olyan kellést fejez ki, amely nem immanens tulajdonsága az előírás címzettjének, és nem szükségszerű következménye az előírás feltételéül szolgáló tényállásnak. Nem a jelenségek képe, hanem mintaképe.²³¹ Akik egy folyamat, egy jelenség, egy esemény immanens tulajdonságának tartják annak jogi minőségét (minősítését²³²), egy *Seinből* következtetnének egy *Sollenre*. Egy jelenség jogi minősége nem azt jelenti, hogy maga a jelenség milyen, hanem hogy milyennek kell lennie. Míg a természeti törvény úgymond következik,²³³ addig a *jog vonatkozik*. Nem kauzális, hanem teleologikus aktus. „A »kellőség« a létezőt nem önmaga alapján jellemzi, hanem egy olyan instancia alapján, ami valamit követel”.²³⁴ Mivel a jog teleologikus aktus, ezért a jogkövetkezmény nem kauzálisan, hanem akaratlagosan kapcsolódik a jogilag értelmezett jelenséghoz, viszonyhoz, folyamathoz, személyhez. Az absztrakt szinten minden előremutatóan történik: kijelentve, hogy általában milyennek kell tekinteni bizonyos tényhelyzeteket, a konkrét szinten – az alkotó jogalkalmazás szintjén – viszont visszamenőlegesen állapíttatik meg, hogy egy megtörtént jelenséget milyennek kell látni, ha jogilag akarjuk látni. Az alkotmányozás mint faktuális folyamat természetesen kauzális eseménysorból áll, a döntés mint *ideális Sein* „megteremti” azt a *reális Seint*, amely maga a politikai egzisztencia és azt a *Sollent*, amely a normatív keret, a tulajdonképpeni és érvényes jog.

Nos, a kellés tehát nem immanens tulajdonság, nem következik a jelenségből, a folyamatokból magából, hanem a jelenséghoz, a folyamatokhoz *rendelt jelentés*. Rendelt, azaz akaratlagos, aktív tevékenységet feltételező magatartás áll az egész jogi felépítmény mögött, ahogy Achermann írja: „Ha az, aminek lennie kell, nem a létezőben és nem a létező által ismerhető fel, szüksége van autoritásra, amely a kellést tételezi”.²³⁵ Nos, ezért van szükség az akaratra.

III. 2. 3. 6. Az akarat mint az érvényesülés feltétele

A pozitivizmus számára a jog már csak megszületettségében létezik: ekként épp dinamikájában nem képes redukcionista szemléletével érzékelni. A dekonstrukcionizmus és a realizmus irodalma alapján meg úgy látszhat, a jog *ex nihilo* jön létre: oka egy akaratát

²³¹ Vö. Achermann 1955, 55.

²³² Már a szakirodalmi szóhasználat – minőség helyett *minősítés* – is elárulja azt, amit állítunk majdan, hogy a jog nem fennáll, nem eleve van, hanem minden kimondatik, hozzárendelődik (hozzárendeltetik) a tényekhez.

²³³ Éppen ezért „érvényesség” nélkül „érvényesül”.

²³⁴ Achermann 1955, 30.

²³⁵ Achermann 1955, 4.

megfelelően érvényesíteni képes döntésben fedezhető fel, amely döntés megteremti a letisztult állapot normatív kereteit, ekként az új politikai egzisztencia alkotmányi törvényét. Mitől függ azonban a döntés akarat-spektruma és érvényesülésének sikere? A fentiekben már kímutattuk, miért nincs normatíve korlátozva a jogszületés folyamata. Az etikai normák csak a belső azonosulás esetén korlátozhatnak – de ez esetben önként vállaltan, tehát szűk értelemben véve nem is valódi (azaz *externus*) korlátként²³⁶ –; jogi normák, nem létrejőve még maga az új jogrendszer, nem is léteznek, a korábbi jog pedig, elveszítve mindenmű hatékonyságát, éppen nem *alkalmas* a korlátozásra. A jogi normák elismerése esetén tagadnánk a korábbi jog érvényesületlenségét, ekként az egész alkotmányozási helyzet kialakulhatóságát. Elvégre a szuverén alkotmányozó akarat azért jelenhetett meg, mert a korábbi jogrendszer immár képtelen saját normáinak érvényt szerezni – a Sein-bázisát elvették, ellen-erőszakkal ellehetetlenítették –, ekként logikailag lehetetlen, hogy egyszerre állítsuk a korábbi jogrendszer normáinak érvényesülő és a szuverén alkotmányozó akarat aktív egyidejű létét.

Mégsem állítjuk azt, hogy az a „jogi vákuum”, amelyben a szuverén alkotmányozó akarat „akar” – azaz hat – mindenből mentes, társadalmi üres tér lenne. A korlátok azonban nem normatívek, azaz nem konstruáltak, hanem az alkotmányozás folyamatának lényegéből, céljából, az abban résztvevő alanyok alanyiságából adódnak. Mindez egyáltalán nem jelenti az akaratszabadság csökkenését, mert a determináció összeegyeztethető a szabadság jelenségevel (*kompatibilitás tézise*).²³⁷

Nos, az akarat lényege, hogy általa célokat tudunk önmagunk számára meghatározni, és e célokat követni vagyunk képesek. Társadalmilag az akarat leginkább a *procedurális rutin-elmélet* segítségével írható le, ami szerint az akarat – az elmélet szerint az individuális akarat is – filogenetikai és ontogenetikai tényezőktől, azaz velünk született és megszerzett faktoroktól (determinánsoktól) függ: ezek teremtik azon belső szabályrendszert, amelynek működését kívülről célra törekvő akaratnak látjuk, holott a bennünk lévő öröklött és tanult tényezők által kialakított szabályok szerinti cselekvés történik.²³⁸ Egy társadalom életében a kultúrát azonosíthatjuk ezzel az öröklött és tanult szabályrendszerrel, s ez hordozza tehát a potenciális célokat és azok elérhetőségének lehetőségét és módját.²³⁹ Az elmélet kétféle cél

²³⁶ Korlátnak azt tekintjük, ami a korlátozott alany akaratán kívül állóan hat a korlátozott alany cselekvési lehetőségére. Mindaz, amit azért nem teszünk meg, mert eleve nem tehetnék meg, nem korlátja szabadságunknak (Vö. Feinberg 1999, 20-21.) A jogi és az etikai normák – előírások lévén – ekként korlátjai a cselekvésnek, ezért állítjuk, hogy ilyenek nincsenek a jog előtti rendezés időszakában, ám például a természeti törvények, amelyek egyébként szintén áthághatatlannak egy alkotmányozás esetén, nem korlátok, mert nem előírnak egy cselekményt, hanem pusztán leírják azt, ami történik (Pauen – Roth 2008, 59-64.)

²³⁷ Pauen – Roth 2008, 10., 19. et passim

²³⁸ A procedurális rutin-elméletről ld. Prinz 2008, 18.

²³⁹ A kultúra egy lehetséges, vázlatos felfogásáról lásd Techet 2007, 65-66.

között tesz különbséget: a *target* olyan cél, amely érzékelhető közelségen van (egy célszalag elérése ilyen cél), a *goal* pedig olyan cél, amely nem érzékelhető az erre irányuló akarat megjelenésekor, így eléréséhez szükség van azon feltételekre, amelyek egyáltalán lehetővé teszik az akarat tárgyának percipiálhatóságát.²⁴⁰ Állításunk szerint egy politikai egzisztencia megteremtése mint cél ilyen *goal*-célnak tekintendő, hiszen az erre vonatkozó akarat nem egy érzékelhető célra, hanem egy olyanra irányul, amelynek először úgymond meg kell jelennie. Achermann példájával élve mondhatjuk, hogy „egy házat kell építeni”, s az akarat ekkor látszólag a házra irányul – noha az még kész sincsen, így maga is egy *ideális Sein*-tartalom csak –, de a kijelentés voltaképp olyan emberi magatartásokra vonatkozik, amelyek megteremtik annak lehetőségét, hogy az „építeni kell” felszólítás tárgya már valóban egy *reális Sein*-tartalom legyen.

A politikai egzisztencia akarásának feltétele, hogy legyen egy vele találkozó, hasonló tartalmú akarat, s az elfogadás után – közvetítő közegként – jöjjön létre a normatív keret, amelyen belül a teremtő (tételező) akarat már mint megőrző akarat él tovább, célja pedig nem a létezendő megteremtése, hanem a percipiálhatóan létező megőrzése. A tételező akarat sikerének tehát feltételekre van szüksége. A feltétel okán állíthatjuk, hogy az akarat nem a semmiből hozza létre az új politikai egzisztenciát, miközben a feltételek nem előzetes korlátot jelentenek – mint a jogi vagy az etikai normák esetén –, hanem azon közeget, amelyen belül valóban az akarat nem csak megfogalmazza, de *elérheti* célját. Mindezen feltételeket hívhatjuk legitimációnak is. Vagy Peschka Vilmos kifejezését átvéve: az akarat sikerének feltétele a (majdani) jog „társadalmi bázisának” megléte. Persze az akarat tartalmát nem korlátozza ez, sőt egy megfelelően erős és hatékony erőszak e bázis ellenében is képes érvényesíteni akaratát, mert „[a]z állami kényszerrel támogatott államakarati forma [...] bármilyen társadalmi tartalmat általános érvényű jogként jelenthet ki”. Ámde Peschka mégis felhívja arra a figyelmet, hogy „a társadalmi-gazdasági feltételeknek ellentmondó, azokat ignoráló tartalmú jog előbb-utóbb végül is mindig elveszti érvényességét.”²⁴¹ E feltételek (determinánsok) tehát nem szűkítik az alany akaratspektrumát, pusztán sikerességét. Azaz: az *ideális Sein* korlátai a *reális Sein* okán jelennek meg, miközben – mivel két önálló létszféráról van szó – az *ideális Sein* önmagában nem korlátozott: bármi akarható, de nem bármi valósítható meg. Az akaratot mint *ideális Seint* nem korlátozza tartalmában semmi, ám sikere érdekében figyelembe kell vennie azt a közeget, amelyre irányul, amelyre vonatkozik. Ez nem jelenti azt, hogy a jog érvényességét a jog tartalmából vezetnénk le. A jog mint állami

²⁴⁰ Prinz 2008, 23.

²⁴¹ Peschka 1972, 358-359.

kényszer és akarat nem tartalma okán érvényes, miközben érvényességének eredményét, az érvényesülést igenis meghatározzák jogon kívüli, társadalmi jelenségek. Ami a jogot (*mint Sollent*) meghatározza, nem maga is Sollen, hanem a Sein, a valóság. A jog egyszerre hat a valóságra – visszatükröződik benne –, miközben a jog maga is e valóság visszatükröződése.²⁴² A jogi pozitivizmus hibája tehát, hogy a jogot kizárolag önmagában vizsgálja, nem észrevéve a létezővel mint befogadó-alkalmazó-értelmező közeggel való ontológiai és komplex kapcsolatrendszerét, mert a két szférát szétválasztja és ismeretelméletileg kezelve, logikailag eleve is szétválasztottnak tartja. Az axiológiai gondolkodás pedig a jogot ismét nem a valóságossal, hanem egy még feljebb (vagy még mélyebbi) normával való megfeleltetésben vizsgálja, értékeli, összefüggést vélfelvételre felfedezni az érvényesség és a tartalom között. A jogi pozitivizmus számára az érvényesség ekként – amint a kelseni tanok elemzésénél feljebb írtuk is – egy immanens, lényegi kategória; a természetjog számára pedig egy másik érvényes (kellő) (érték)rend függvénye. A jog minden esetben – a pozitivizmusnál *in se*, az axiológiai koncepciónál pedig relációjában – egy absztrakt kategória marad: érvényesülése így szintén absztrakt kijelentés maradhat csak.

Az absztrakt korlátok – ön- vagy külső korlátok – esetleges hiánya a jog kapcsán mégsem jelenti egyidejűleg, hogy a jog egy korlátoktól mentes *bármilyen* lenne. A jog érvényessége és érvényesülése függ a jog társadalmi környezetétől. Ebben az értelemben érthetőek Peschka Vilmos találó szavai, miszerint „a jog érvényessége tulajdonképpen mint a jog tartalmának próbája, kontrollja is felfogható”.²⁴³ Az a reális jogontológia, amely éppen arról szól, hogy mindenféle absztrakt kategória létét tagadva, kizárolag a folyamatok tényszerűségére figyel, nem is állíthatná azt, hogy bármilyen, ami a társadalmi tényszférában, a *Seinban* végbemegy, minden korláttól mentes lenne, s eredményét kizárolag önnön akarata, teremtő ereje határozná meg. Ez a szemléletmód éppen a normatív tanokra igaz: a normatív szférában ugyanis valóban létrehozhatóak elszigetelt gondolati aktusokkal elszigetelt világok (*Sollen*), amelyeknek úgyis egyetlen feltételnek, a normatív érvényesség attribútumának kell csak megfelelniük, s amely jellemző egyébként is egy önéleírás, azaz tautologikus és *internus* kijelentés. A jogi realizmus azonban a jogi valóságra koncentrál, annak minden bonyolult társadalmi, történeti összefüggéseivel, és amennyiben ezek között szeretne a szuverén alkotmányozó döntés sikeres, hatékony – azaz érvényesülő – lenni, sikere e környezetétől függ. *Az érvényesülés ugyanis a szuverén alkotmányozó döntés akarata, ám nem szükségszerű következménye.* Nem minden akarat képes lerombolni a korábbi jogi rendszert, hogy a

²⁴² Vö. többek között Varga 2000, 21-22. et passim.

²⁴³ Peschka 1972, 359.

faktuális szférában kikristályosodó döntésével újraformálja a politikai egzisztenciát, megteremtve azt az előzetes rendet, amelynek immár normatív, pozitívált megfogalmazása, kerete, letisztázása lehet az alkotmányi törvény. Az erre irányuló akarat sikerét tehát nem kizárolag az akarat ereje határozza meg – és ezt nem etikai minimumként, pusztán történeti igazságként fogalmazhatjuk meg –, hanem az a közeg is, amelynek jogát rombolja le a szuverén alkotmányozó akarat, amely közeget formál újra, és amely közegnek ad új alkotmányt. Mert bár a jog egy akarat, s érvényesen bármí akarható, de nem hosszú távon, mert az érvényesség – mint folyamatszerű tulajdonság – csak egy elfogadott joghoz kapcsolódó attribútum.²⁴⁴ Mindezzel nem az érvényesség és az érvényesülés közé tesszünk egyenlőségjelent, tagadva netán magának a Sollennek is a létét, pusztán jelezzük, hogy – amint Peschka Vilmos írja –

„[a] jog érvényessége az állami kényszerrel biztosított *államakarati forma*, a jogban kifejeződő akarat alanyának társadalmi különössége, tehát a társadalomban uralkodó osztály és a jog realizálódása, érvényesülése mint komponensek állandó mozgásban, alakulásban, levésben levő relációinak *eredőjeként* áll elő”²⁴⁵

Az új jog ezért nem *in abstracto* születik, ekként nem is *ex nihilo* jön létre, hanem valami eleve meglévőbe épülve bele, amely mint anyag vagy befogadja vagy sem. A szuverén alkotmányozó akarat sikere így az elfogadástól függ.²⁴⁶ Az elfogadás voltaképp nem más, mint a normára – az akcióra – adott reakció, amely ha a normatartalommal megegyező irányú, akkor a norma érvényesülését, a normaszerinti magatartás bekövetkeztét segíti elő. Sabine Müller-Mall newtoni ihletettségű érvényesség-modelljében az érvényesség – a fizikai erővel analóg – ereje a normának, tehát az az erő, amit a norma az adott cselekedetre kifejt, s minél erősebb az érvényesség ereje, annál *valószínűbb*, hogy a cselekedet a norma szerinti lesz. Ám az érvényesség ereje – mint akció – szembetalálkozik azzal az erővel, amit pedig maga az a magatartás fejt ki, amire irányul a norma ereje. Minél erősebb a reakció – az elfogadás –, annál *biztosabb* az érvényesülés.²⁴⁷

²⁴⁴ A normatételezés folyamatának belső – ha tetszik: *pragmatikus* – kötöttségeiről lásd Campagna 2007, 40-44.

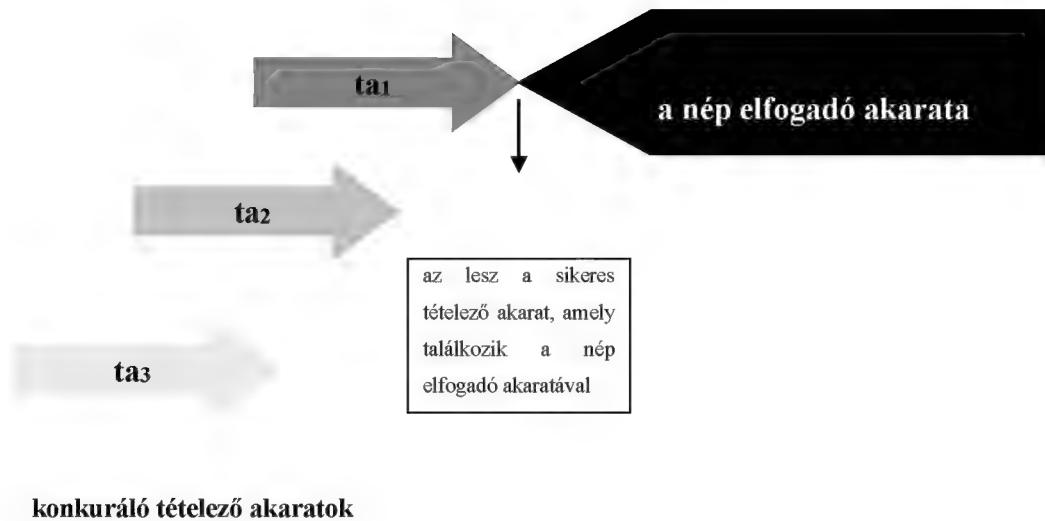
²⁴⁵ Peschka 1972, 356.

²⁴⁶ Vö. Winterhoff 2007, 373.

²⁴⁷ Ld. Müller-Mall 2007, 23-25.

[6. ábra]

alkotmányozás



Mindezt úgy is megfogalmazhatjuk, hogy az érvényesülésnek legitim – elfogadott – okokra van szüksége. A legitimáció nem egy külső – jogi, metajurisztikus, erkölcsi stb. – mintának való megfelelés eredménye, hanem egy szociálpszichológiai tény. „Az alkotmány akkor legitim – azaz jogi alaprendként elismert –, ha az alkotmányozó hatalom, amelynek döntésén az alaptörvény nyugszik, maga is elismert” – írja erre utalva Petrétei József.²⁴⁸

Amikor a népet azonosítjuk az alkotmányozás alanyaként – amely persze nem leíró, hanem ideológikus kijelentés –, akkor sem gondolhatunk arra, hogy ez a nép – amely számosságában és heterogenitásában egységes akaratképzésre eleve képtelen – „akarna”, „döntene”, mert a nép szerepe abban jelenik meg, hogy egy nála kisebb és homogénebb csoport akaratát és döntését *elfogadja-e vagy sem*, azaz engedi-e, hogy az adott akarat tartalma érvényesüljön saját életében, vagy sem.²⁴⁹ Igaz tehát, hogy a döntés teremti az alkotmányi állapotot – mint előzetes rendet –, de nem bármely döntés képes erre, csak az, amelyik találkozik azok akaratával (elfogadó akaratával), akikre a döntés (mint teremtő akarat) vonatkozik. A politikai

²⁴⁸ Petrétei 2008, 131.

²⁴⁹ Nagyon szépen fejezik ki a lett alkotmánynak a parlament (*Seima*) feloszlathatóságáról szóló rendelkezései a szuverén akaratok ilyenképpeni ütközését és a nép mint elfogadó alany szerepét. A lett alkotmány 48 §-a értelmében az államfő kezdeményezheti a *Seima* feloszlását, azzal a felfüggesztő feltételel, hogy a döntés csak egy népszavazáson való megerősítés révén válthatik hatályossá. Ha a választópolgárok e népszavazáson a parlament feloszlására mondanak igent, az államfői akarat érvényesülvén, a parlament feloszlattottnak tekintendő, s új választásokat kell tartani. Ha azonban, szól a lett alkotmány 49 §-a, a nép az államfői akarat – azaz a feloszlás – ellen voksol, az államfő elveszti hivatalát, ekként a parlament szuverén akaratára érvényesül. Az egy csárdában lévő két dudás jogelméleti feloldását és a nép mint elfogadó akarat szabályozását példázza a lett alkotmány. (Forrás: <http://www.versfassungen.eu/lv>; az alkotmány eredeti nyelven itt olvasható: http://www.saeima.lv/Likumdosana/likumdosana_savversme.html)

egzisztencia mint tényállapot (*Sein*, érvényesülés) ekként *több akarat egyidejű* és *folyamatos találkozásának* köszönheti létét.

Egyik részről van a teremtő akarat, amely megfogalmazza a céltartalmat, másik részről pedig vannak az egyéni akaratok, amelyek elfogadják – és/vagy módosítják – a céltartalmat, meghatározva a politikai egzisztencia tényleges tartalmát. Ez a politikai egzisztencia az az előzetes rend, amelynek normatív – tehát immár nem csak érvényesülő, de érvényes, ekként kikényszeríthető – kerete az alkotmányi törvény (*Verfassungsgesetz*): ez azonban szintén a tételező és az elfogadó akaratok találkozásának eredményeképp hozza létre a jogrendszert, amely pedig eleve az alkalmazó akaratok találkozásának köszönheti fennállását. (Lásd 6. ábra!)

Azaz a tételezettség születésében és alkalmazásában is egyaránt a társadalmi relációtól – azaz az akaratok találkozásától – függ. Ahogy Varga Csaba írja:

„[a] jog életét megtestesítő mozgás [...] alapvetően a társadalmi viszonyuktól indul, hogy a jogalkotás közvetítésével és az emberi, tudományos felismerés során feltárt lényegi általánosság ismeretében elérje a tipikus vonásoknak a különös szintjén történő rögzítését, hogy aztán a jogalkalmazás e különösséget ismét a társadalmi viszonyok felé fordíthassa”²⁵⁰

Mihelyt akár a tételező, akár az elfogadó (alkalmazó) akarat megszűnik „akarni”, szétbomlik a normatív keret, az előzetes rend, és ismét kilépünk a tényzférába, ahol aztán a megjelenő tételező akaratok közül az lesz sikeres, amelyik találkozik a jelenvaló elfogadó akaratokkal – és így tovább. Carl Schmitt ennek kapcsán „jogi feltételezésekéről” beszél, amelyek a minden népnél különböző, tértől és időtől függő népszellemmel lennének azonosak²⁵¹ – joggá az válhatik, amely találkozik a népben élő ilyen „feltételezésekkel”. A feltételül szolgáló feltételezések – amit rövidebben társadalmiságnak nevezhetünk – biztosítják tehát a jogtételező akarat sikerét, ezzel az új jog létrejöttét.

Milyen okokból találkozhat a teremtő (tételező) akarattal a nép elfogadó akarata? A jogi magyarázatok ez esetben úgyszintén nem kielégítők, hiszen amennyiben azt állítjuk, hogy a nép valamiféle jogtudat birtokában, az érvényes joggal azonosulva fogadja el a teremtő (tételező) akaratot, akkor voltaképp egy okozatot (a jog elfogadását) az új politikai egzisztencia létének és az új normatív keret érvényesülésének okaként kezelnénk. A nép azonban szintén a faktuális szférában tartózkodik, amikor „találkozik” a teremtő (tételező) akarattal, ekként az ő elfogadásának sem jogi (azaz fiktív, normatív), hanem valós (faktuális)

²⁵⁰ Varga 2000, 21.

²⁵¹ Schmitt 1993, 9.

indokai vannak. A jogi leírás mindenkor utólagos (*ex post facto* kapcsolódik a tényekhez), s ebből következően nem következmény, hanem „*rendelmény*”, azaz a tényekhez rendelt utólagos jelentés. Ekként az a tény, hogy a nép elfogadja a teremtő (tételező) akarat tartalmát, célját, egy tényfolyamat eredménye, azaz azonnali és történeti, nem utólagos és gondolt jellemző. A nép elfogadása által jön létre az a jogrendszer, amely immár visszamenőlegesen képes a megelőző eseménysorokat saját kommunikációs instrumentáriumával jellemzni, leírni.

Milyen indokok okán találkozhat a teremtő (tételező) akarattal az elfogadó akarat? Miért fogadja el azt az előzetes rendet a nép, amely előzetes rend a jövő jogának – mint felépítménynek – az alapjául szolgál? A *jog követésének* indokai többfélék lehetnek: szankciótól való félelem (a racionális költség-haszon mérlegelés), társadalmi imitáció (azaz a jogkövető társak magatartásának utánzása), belső azonosulás.²⁵² Ezen indokok a jogot megalapozó állapot elfogadásánál is megjelenhetnek. Ekként az elfogadó akarat indoka néhányaknál lehet a félelem a további erőszaktól, míg mások azért fogadják el a bekövetkezettet, mert igazodnak hozzá, hasonulnak, idomulnak és követik társaik többségét, és bizonyosan vannak olyanok, akik azért fogadják el a bekövetkezett új állapotot, mert eleve és belsőleg is azonosulnak, egyetértenek vele. Egy konkrét forradalom utáni stabilizálódás, konszolidálódás idején is megfigyelhetőek ezek az emberi viszonymagatartások: a félelem, az utánzás vagy az azonosulás okán történő elfogadás.

III. 2. 4. A realista alkotmány-koncepció konzervatív kritikája

III. 2. 4. 1. Az önkényesség veszélye

Az eddig ismertetett dekonstruktivista ábrázolásban az alkotmányozás erőszakként jelenik meg. Sokan bírálják is ezt a decizionista, *tíl realis* koncepciót, mondván, itt nem az a lényeg, *miként* döntenek, hanem maga az igény, *hogy* döntsenek. Ennek révén „az alkotmány fogalma minden értékvonatkoztatottságtól megfosztódik, és az »alkotmány« immár nem jelent más, mint [...] egy bármiért való döntést.”²⁵³ Karl Löwith egyenesen „aktív nihilizmusról” beszél, azt állítva, hogy Schmitt számára az „*eldöntöttségért való döntés*” számít csak.²⁵⁴ Mindez ugyebár annak veszélyére hív fel, hogy e koncepciónak voltaképp bármely, az adott politikai egységen belüli hatalom által létrehozott úgymond alkotmány megfelelhet. Lukács György is

²⁵² Rehbinder 2003, 153-155.

²⁵³ Dau-Lin 1978, 59. et passim.

²⁵⁴ Idézi Noack 1993, 77-78.

rámutat arra, hogy a schmitti gondolatok, noha jól indulnak, mégis eredményükben „nagyon sovány, tartalomnélküli elvontság” és „irracionális önkény” mutatkozik.²⁵⁵

Persze az önkényesség – épp a jogi ítélet eleve szubjektív jellege vagy az erőszak jogfenntartó szerepe okán – eleve benne van a rendszerben. Ezt fejezi ki Walter Benjamin azzal, hogy a joghoz nem csak a stabilitás (*das Bestehende*), hanem – ontológiai oka és dinamikájának biztosítója, az erőszak miatt – a fenyegetés (*das Drogende*) is hozzátartozik:²⁵⁶ a jog bármikor képes túllépni a saját objektivitásán, hiszen annak látszata a saját nyelvezetének, intézményi struktúráinak az eredménye, de ezen látszathoz maga a jog nincs kötve. Ám mivel a jogi illúziók a jogi oktatásban is megjelennek, ezek kellőképp köthetik a majdani jogalkotót is, aki ekként úgy *hiheti*, hogy cselekvése objektív mércéktől függően, s nem az ő akaratának megfelelően jogoszerű.

Schmitt persze eleve nem egy alkotmányetikát, hanem egy *deskriptív alkotmányelméletet* alkotott, amely tudományosan képes leírni az alkotmányozás valós folyamatát, de helyességét (legitimitását) nem magyarázza, hanem csak esetleg feltételezi. Bármely remélt alkotmányos korlát tudományosan nem lesz igazolható az alkotmányelmélet által.²⁵⁷ Ám mivel 1. a jog egy állandó közösségi töprengés, bízni tudunk abban, hogy eredménye sem lesz a közösség érdekeivel ellentétes, ill. 2. a jognak mint formának – önmaga érvényesülhetése érdekében – tiszteletben kell tartania a formálandó „anyag” immanens sajászerűségét, így egy közösségtellenes, a politikai egzisztencia lényegszerűségével, érdekeivel ellentétes konstrukció nem tudna alkotmányként funkcionálni. Azaz a realista koncepció nem a természetjog klasszikus vonulatával, hanem épp annak modern, abszolút és axiomatikus változataival (*Vernunftrecht*, posztmodern emberi jogok tana stb.) áll szemben, hiszen a klasszikus természetjog számára is egyértelmű volt, hogy a követelmények nem tőlünk függetlenül vannak, hanem a konkrét helyzetből származottan.²⁵⁸ Schmitt kapcsán sokan nem veszik észre, hogy elmélete nem a steril decizionizmusé, hanem – az V. fejezetben részletesen bemutatandó – konkrét rendé, amely rendnek megvannak azon önszerűségei, amelyek meghatározzák eszközeit, így alkotmányát is.²⁵⁹ Akik bírálják Schmittet, úgy feltételezik, a jogból levezethető egy koherens értékcharta: ezek lennének az ún. alapjogok. Ám valójában az alapjogok azt kívánják megalkotni, logikai rendszerré szervezni, amelyet korábban pozitívalni lettek volna

²⁵⁵ Lukács 1978, 590.

²⁵⁶ Vö. Benjamin 1965, 42.

²⁵⁷ Winterhoff 2007, 87-88.

²⁵⁸ Minderről Frivaldszky 2007, 97. et passim.

²⁵⁹ Vö. Schmitt 1993, 11. et passim

csak hivatottak.²⁶⁰ A társadalom értékei nem a jogból származnak, hanem együttélésünk *hic et nunc* sajátszerűségeiből, amelyeket – a kényszeríthetőség okán – a pozitív jog megjeleníthet, de amelynek tartalmát nem a jog hivatott meghatározni. Egy kiegyensúlyozott jogi szemlélet elfogadja az erkölcselen szerződési feltétel semmisségét, de nem kívánná jogilag taxonomizálni az erkölcs fogalmát – hiszen ennek eredményeképp az *erkölcsi* mint olyan szűnne meg erkölcsinek lenni, jogi fogalomá válva.²⁶¹

III. 2. 4. 2. Az idő dialektikája

Ha a jog nem csak a mindenkor adandó válasz, amely erőszakkal születik és érvényesül, hanem környezete is van, amely eleve meghatározza az *adhatóság* határait,²⁶² akkor pusztá erőszakkal nem váltható le a jog – legalábbis csak a formális szinten lehet valós a diszkontinuitás, a delegitimitás; az informális mezőben kontinuitás valósul meg, és az új jog legitimitása sem csak narrative, de ténylegesen is visszanyúl a megszületés idejébe. Hiszen az új jog jelentését sem önmagában hordozza, hanem egy jelentésadó környezettől nyeri, s ez a környezet adta a korábbi jog kontextusát is: „az, ami volt, és az, ami alakul, szétbogozhatatlanul összefonódik”.²⁶³ A jogváltás egy össztársadalmi kommunikáció, amelynek csak akkor van értelme, ha a beszélgetés fázisai között szemantikai és konvencionális kapcsolat is fennáll. Ahogy Marc Bloch írja:

„ minden beszélgetésben [...] a megfigyelt kijelentéseknek és cselekedeteknek is kapcsolódniuk kell mind *szemantikailag*, mind pedig a közös kommunikatív konvenciókat, például a szavakat és a mondattant illetően azokhoz a kijelentésekhez és cselekedetekhez, amelyek megelőzték őket, és a jelen nem értelmezhető a múlttól függetlenül”²⁶⁴

Ez utóbbi *a contrario* azt jelenti, hogy a múlt nem függetleníthető a jelentől. A jogi kultúra korlátja a formális jogi cselekvésnek: meghatározza a formális cselekvés eredményét. Ahogy François Ost írja, kiszakadhatunk hát *egy* tradícióból, de *a* tradícióból nem.²⁶⁵ A jog születését, az új intézményesedését sem egy megelőző nihil jellemzi, hanem a létező rekompozíciója.²⁶⁶ Mivel minden jog mögött valami szociabilitás, a legitim biztonságra és konszenzusra

²⁶⁰ Di Fabio 2003, 72.

²⁶¹ Varga 2007, 210.

²⁶² Karácsony András egyenesen a lehetségeséggel azonosítja a jogi kultúrát: ez határozná meg az éppen *adandó* válasz mellett, hogy mi *adható*, vör. Karácsony 2002.

²⁶³ Varga 1992, 68.

²⁶⁴ Bloch 2000, 115.

²⁶⁵ Ost 1999, 125.

²⁶⁶ Ost 1999, 60-61.

vágyódás húzódik meg – elvégre ezek biztosítása a jog feladata –, a határhelyzetekben nem a pusztító szándék, hanem a régi jognál is megvolt, de idővel elfeledett előfeltételek jönnek elő, és formálják újra magukat az új jogban. Ekként a jövő joga nem a múlt tagadása, hanem az abba való újszerű *illeszkedés*. Ugyanezen az alapon tagadja Marie-Françoise Rigaux is, hogy az alkotmány egy jogrendszer kizárolagos kezdő aktusa lenne, mert szerinte a jog nem egy zárt rendszer, hanem a 20. századi episztémológiai felismerések nyomán (Kurt Gödel, Alfred Tarski) szintén tartalmaz meghatározatlan elemeket. Ergo a rendszer nem axiomatikus, illetve nincs abszolút kezdőpontja, hanem eleve egy meglévőbe épül bele.²⁶⁷ Ez biztosítja a megszületett új jog legitimitását, elfogadottságát. Az alkotmányozáskor ezért – azon túl, hogy vannak objektíve átléphetetlen korlátok (időbeli vagy földrajzi szükségszerűségek) – más jellegű immanens korlátok is léteznek.²⁶⁸ Az új jog előtt zajlik a múlt és a jövő közötti – François Ost kifejezésével élve – „jövés-menés”.²⁶⁹ Derrida is elismeri, hogy az új jogot megalapozó döntés ugyan szerinte nem tartozik semmiféle történeti-időbeli folytonossághoz, de – és itt jön a lényeg – *mégis ebben* játszódik le a születés: mert a régi jog formáit rombolja le, feszíti szét.²⁷⁰ Azaz az alapítás egyszerre egy hagyományba (valami meglévőbe) épül bele, miközben az újszerűség lényege – amit Derrida az ígérettel azonosít²⁷¹ – e meglévőt formálja újra, alakítja át.²⁷² Mindez az intézményesedő és az intézményesedett idő dialektikáját mutatja: az intézményesedő idő az intézményesedett idő formáiban jelenik meg (*jogi* és *fizikális idő kettősége*). Ahogy Karácsony András megfogalmazza: míg a struktúrák – így a jog is – az időt reverzibilisen rögzítik, addig a folyamatok ideje irreverzibilis.²⁷³

A jogszületés ezek metszéspontjában helyezhető el, s az egész jogi életet áthatja ez a kettőség. A fizikális (valós, történeti) idő *van*, a jogi idő *kell*: a létező átformálásával alakítja ki azt, ami az átformáláskor még csak mint *kell* létezik, de sikere esetén maga is létezővé válik: tehát *lesz*. Az új jog alakulásakor a fizikális, történeti idő *van*, a jogi idő pedig *kell* és *lesz*. A jogász úgy alakítja a jövőt, hogy a múltból örökölt formákat használja fel intézményesítő céljaihoz.²⁷⁴ Az intézményesedés intézményekkel és intézményekben zajlik.²⁷⁵ eredménye a létező átalakulása. A teljes jogi diszkontinuitás így nem lehetséges. Az a gondolkodás, amely

²⁶⁷ Ld. Rigaux 2000, 396-399.

²⁶⁸ Vö. Ehmke 1953, 87.

²⁶⁹ Ost 1999, 61-62.

²⁷⁰ Derrida 1991, 87.

²⁷¹ Derrida 1991, 83.

²⁷² Ost 1999, 62-63.

²⁷³ Karácsony 1988, 59.

²⁷⁴ Ost 1999, 180-181.

²⁷⁵ Az intézményekről ld. az V. Fejezetet.

a jövőben tiszta ígéretet lát, és a múltat levetné, *uchrónisztikus*.²⁷⁶ A zárt múlt és a nyitott, kiteljesedő (kiteljesítendő) jövő képe eszkatológikus, biblikus időképre vall; ennek szekularizált változata a modernkori haladás-mánya. A modern utópisztikus gondolkodásnál a jövő nem csak kiteljesítetik (*valahogy*), hanem kiteljesedik (*mindenképp valahogy*). Az utópia így mindig jelenellenes.²⁷⁷

III. 2. 4. 3. Az előzetes rend mint feltétel és a homogenitás mint következmény

A tételező (teremtő) akarat nem pusztán saját erejéből, hanem az elfogadó akarat által tudja megteremteni azon létállapotot, amelynek normatív kerete az alkotmányi törvény. A tételező akarat – a jogtételező erőszak – ereje és legitimitása okán képes rendet teremteni a maga okozta, a korábbi jog lerombolása miatt keletkezett káoszban. Ez a rend még nem jogi rend, hanem önmagában vett rend, *ordo*. Nem érvényes, de nem is érvényesülő, hanem *létező* állapot. Ennek kereteként, hogy immár a rend érvényes – így kikényszeríthető – és érvényesülő – így követett – (jogi) rend legyen, van szükség az alkotmányi törvényre, amelynek léte – (norma lévén) érvényessége – szintén az elfogadó akarattól függ. És a létrejött érvényes rend (a jogrend) érvényesülését is minden szinten az akaratok találkozása eredményezi. Azonban a jogtételező erőszak sem képes pusztán a nyers erő révén rendet teremteni. Fentebb ezt a *folyamat-immanens* korlátot, az intézményesedés dialektikáját vizsgáltuk: a jog egy *már meglévőbe* épül bele, azt alakítja, formálja, rombolja, de nem a semmiből építkezik, hanem adott térben, adott időben, adott anyagból alkotja meg saját rendjét. Maga az alkotmányi törvény tehát egy *már létező rend jogiasítása*; ez a rend az alkotmányozás előfeltétele, ugyanis biztosítja azon környezetet, amely jogilag ugyan nem megfogalmazható, de amely nélkül nincs sikeres alkotmányozás, jogtételezés. Ahogy Petrétei

²⁷⁶ Az *uchrónizmus* nem idegen a jogpozitivizmustól sem: Ost szerint a pozitivizmus törvényre, normatívre redukált jogszemlélete azt sugallja, hogy a kiadott, elkészült jognak azonnal érvényesülnie kell, és nem veszi figyelembe az időtényezőt. Nos, a pozitivizmus a múlt időt túl statikusnak látja, a jövőt viszont túl dinamikusnak (vö. Ost 1999, 164.): a múltban semmi nem törtéhet újra, az lezárt, kész, befejezett (perfekt). Pedig néha szükség lenne egy szerződés utólagos (visszamenőleges hatályú) módosítására, elkerülendő, hogy valamely fél csődbe menjen. De hazai példát is említhetünk a pozitivizmus perfekt múltképéhez: amikor a magyar Alkotmánybíróság az ún. élévülési határozatában (11/1992 AB hat.) a jogi időt a fizikális idő keménységével, alternatívatlanságával ruházta fel, kijelentve, hogy ha egyszer eltelt az élévülési idő, akkor kész, befejezett, újra meg nem nyílható időről van szó, szintén statikusan kezelte az időt. A pozitivizmus múltideje tehát a fizikális idő múltideje: ha egyszer az élévülési idő ennyi és ennyi, és némi számolgatás után megállapíthatjuk, hogy ez az idő már eltelt, akkor semmiféle egyéb jogi érdek nem igazolhatja azt az állítást, hogy az élévülési idő nem a fizikaival együtt telik. A pozitivizmus jövőideje viszont épp ellenkezőleg túlzottan dinamikus, itt nem a fizikai idő behatároltsága, hanem a jogi idő szabadsága, a jogi tervezés absztrakt bármít-akarhatása érvényesül. Valójában azonban nem csak a jövő, de a múlt is kontingens. (Vö. Karácsony 1988, 60.)

²⁷⁷ Minderről Stexhe 2000, 29-30.

József írja: „Az alkotmány megalkotása érdekében ugyanis először a szükségszerűen megkövetelt cselekvési- és hatásgyakorló egységet kell előállítani.”²⁷⁸

Mindezt értelmezhetjük úgy, hogy létre kell jönnie annak a *homogén közegnek*, amelyet Carl Schmitt az alkotmány feltételeként tekint: szerinte ugyanis a jog egy homogén kultúra konkrét eszköze (*konkretes Ordnungsdenken*).²⁷⁹ Ez a homogenitás persze nem szükségszerűen tartalmi, hanem eljárásilag is értelmezhető: azaz azt is jelenti, hogy kialakulnak azok a közvetítő csatornák, amelyek révén az antagonistikus ellentétek agonisztikussá mérséklődve biztosítják a továbbiakban is a *politikailag heterogén, ám mégis egységes* társadalom kialakultát. Schmitt homályos fogalmaiból (identitás, szubsztantív azonosság, egyenlőség, nép stb.) mindenkorral nem derül ki egészen egyértelműen, hogy a homogenitás a belső viták teljes eltűnését és egy mindenben homogén közösség létét jelenti, vagy kizárolag arra utal, hogy az államon belül mindenki azonos, és azonos módon fogadja el az államot magát, nem zárva ki a politikai viták folytathatóságát. Chantal Mouffe baloldali filozófusnő ebbe az irányba gondolja tovább a schmitti elveket: szerinte a homogenitás voltaképp azt a „közös szimbolikus teret” jelenti,²⁸⁰ amely biztosítja a viták eljárását, de további politikai karakterét is, hiszen a politikai vita nem eltűnik, hanem csak mérséklődik az államiságon belül.²⁸¹ Mindez tehát azt jelenti, hogy a teremtő (tételező) akarat és az elfogadó akarat találkozásaként megszületett rend – éppen az elfogadás indokainak eltérőssége okán is – nem egy tartalmi homogenitást eredményez, hanem olyan homogén kereteket, amelyeket elfogad a nép, és amely nép ezen elfogadás által válik *azonossá*, azaz a közösség teljes jogú részévé. Mindez azonban nem eredményezi a népben meglévő ellentétek megszűnését, pusztán új kommunikációs csatornákban való megfogalmazását, s ekként kezelhetőségét.

A jog egy társadalmi kommunikáció. A schmitti elméletben a politikai kommunikáció az elsődleges, mert bármilyen ellentét politikaivá intenzíválódhat. A homogén közösség léte kizára a maximális intenzíválódás lehetőségét – az ugyanis szétverné az ellentéteivel a közösséget –, így a politikai ellentétek kommunikációja immár nem elsődleges és totális, hanem a politikai kommunikáció a többi társadalmi alrendszer kommunikációja mellett az egyik lehetséges társadalmi kommunikációs csatorna, miközben, genezisét nézve, valóban elsődlegesebb és fontosabb náluk. A népben megjelenő ellentétek így már nem csak politikailag, hanem más részrendszerek (jog, esztétika stb.) kommunikációs csatornájában is artikulálóhatnak, miközben ez eleve mérsékli (esetleg fel is számolja) a politikai ellentétek

²⁷⁸ Petrétei 2008, 128. (kiemelések eredetiben)

²⁷⁹ Schmitt 1993, 11. et passim.

²⁸⁰ Ez tekintendő a schmitti „homogén közvetítő közeg” mouffe-i megfelelőjének.

²⁸¹ Mouffe 2007, 29-30 (A mouffe-i koncepció ismertetését és kritikáját ld. Techet 2008, 265-275.)

lehetőségét. A politikai kommunikációt az különbözteti meg a jogi kommunikációtól, hogy a politikai kommunikáció 1. a közösség létrejötte előtt is létezik, éspedig 2. éppen akkor létezik teljesen, mert a közösség létrejötte után a politikai ellentétek agonisztikussá mérséklődnek, így azok újbóli maximális intenziválódása immár szétvételére a közösségi politikai kommunikáció csatornáit, s ismét új teremtő (tételező) akaratok konkurálását eredményezné. Ezzel szemben a jogi kommunikáció a normatív keret – az alkotmányi törvény – létrehozatalával jön létre, azaz csak egy közösségen belül, és ott is mint eszközintézmény bír értelemmel s léttel.

A jog egy rend eszköze, a rendet azonban nem a jog teremti, hanem az elfogadás. A normának ugyanis – Schmitt kifejezésével élve – „homogén közvetítő közegre van szüksége”.²⁸² A homogén közvetítő közeg alakul ki az elfogadás által: ez az a rend, amelyen belül aztán megjelenik a jogi kommunikáció is. Ám „[n]incs olyan jogi norma, amely a káoszra alkalmazható lenne”,²⁸³ így a korábbi jog lerombolása okán előállt káosz (*Sein_F*) sem normák tételezésével válik rendezetté, hanem egy döntés révén. Mind a teremtő (tételező) akarat, mind az elfogadó akarat *döntésként* jelenik meg. Ez a döntés teremti meg azon előfeltételeket, amelyekre épül a jog. „Ahhoz, hogy értelmet nyerjen a jogrend, előbb a rendet kell helyre állítani”.²⁸⁴ Ez a helyreállítás – vagy korábbi rend hiánya esetén: állítás – zajlik a döntés (teremtő akarat) és az elfogadó akarat találkozásában.

A jog létenek sajátossága – amint Ernst-Wolfgang Böckenförde írja –, hogy célját olyan feltételek mellett (között) tudja csak megvalósítani, amely feltételekről nem diszponálhat. Másképp megfogalmazva: *az állam olyan feltételek között működik, amely feltételeket maga nem tudja garantálni*.²⁸⁵ A jognak és az államnak is feltétele egy előzetes rend, de eme előzetes rend nem a jog vagy az állam alkotása.

²⁸² Schmitt 1992, 5.

²⁸³ Uo.

²⁸⁴ Uo.

²⁸⁵ Böckenförde a modern, szekuláris állam kapcsán fogalmazza meg mindezt ismert aforizmájában: „A liberális, szekuláris állam olyan feltételekből él, amelyeket nem tud magának garantálni.” (Böckenförde 1976, 42.)

III. 3. Az akarat szerepe a jogérvényesülésben

III. 3. 1. A jogrendszer dinamikus szemlélete

III. 3. 1. 1. *Sein* és *Sollen*

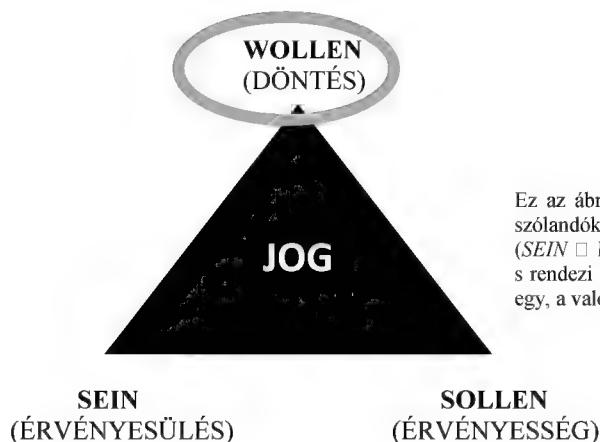
A jogontológia két alapvető kategóriája a *Sein* és a *Sollen*. Azt már láttuk, hogy ezek nem szükségszerűen egymás ellentétei – a *Sein* ugyanis lehet a *Sollent* magába foglaló egész is –; ám ha el is fogadjuk a duális képet (*Sein* / *Sollen*), az ontológiában mindenképp ezek egymásra utaltságát kell észrevennünk: az alkotmányontológiai fejtegetések erre utaltak. Ugyan Kelsen alapállítása, hogy a két szféra egymástól elkülönült, mert logikailag nem lehet az egyikből a másikra következtetni – hiszen a zárótételben nem szerepelhet olyan terminus (*Sein*), amely a premisszában (*Sollen*) nem volt eleve adott –, logikailag tényleg igaz, de sem a jog születésére (alkotmány), sem megszüntére (forradalom), sem érvényesülésére (végrehajtás) nem szolgál magyarázó erővel. Hiszen ha logikailag nem lehet a *Seinből* levezetni a *Sollent* – és fordítva –, akkor nem tudjuk megmondani, *hogyan* valósul meg (*Sollen* → *Sein*). Azaz a *Sein* és a *Sollen* szembeállítása logikailag igaz lehet, de ha jogilag kezeljük e két fogalmat, csak úgy lehet igaz, ha az egyébként ontológiai kapcsolatukból, helytelenül, episztemológiáit csinálunk.²⁸⁶ A jog nem eleve adott, hanem születik, alakul, mégpedig nem önmaga, hanem külső tényezők által meghatározottan. Vagyis: a *Sollen* nem magyarázható csak a *Sollennel*, mert mind születésében, mind érvényesülésében a társadalmiasság (*Sein*) figyelembe veendő. Az akarat (*Wollen*) a jogrendszer mozgatórugója: ez köti össze a *Seint* a *Sollennel* a jog születésekor, és a *Sollent* a *Seinnal* a jog érvényesítésekor. Kelseni terminussal szólva: a joglépcsőnek mind a legfelső, mind a legalsó fokán az akarat található, ami nélkül – amint egy normatív elmélet eleve is csak erre képes²⁸⁷ – a jogrendszer statikus pillanatfelvételét tudnánk elemezni, de nem tudnánk valóságában – azaz *dinamikájában* – megragadni. (Lásd 7. ábra!)

²⁸⁶ Minderről ld. Peschka 1972, 39-56 et passim.

²⁸⁷ Moór 2006, 128.

[7. ábra]

Sein – Sollen - Wollen



Ez az ábra röviden a jogkeletkezést is megmagyarázza, tehát minden, amiről szólandók vagyunk e dolgozatban. A norma egy jog előtti akarat révén születik. (SEIN □ WOLLEN □ SOLLEN) És ez a norma szintén az akarat által hat vissza, s rendezi a valóságot. (SOLLEN □ WOLLEN □ SEIN) Megszűnése pedig ismét egy, a valóságból kiinduló akarat eredménye (SEIN □ WOLLEN □ SOLLEN).

Az alábbiakban azt bizonyítjuk, hogy a jog nem szabályok statikus halmaza, hanem *a jog szabályokból és döntésekből áll*: míg az előbbi az általánosságot s a biztonságot, addig az utóbbi a különöst s a dinamikát biztosítja. Jerome Frank kifejezésével élve: a jog „dinamikus biztonságát” adja a döntés.²⁸⁸

III. 3. 1. 2. A teremtő akarat

A jogrendszer önideológiája szerint egy zárt, statikus, dezantropomorf rendszer,²⁸⁹ amelyből minden objektív szükségszerűséggel adódna. Ám a *Sollen*-tételek közötti kvázi-kauzalitást az akarat, az emberi szándék biztosítja.²⁹⁰ Ahogy Lukács György szemléletesen írja:

„Hogy kétszer kettő négy, az a tudatunktól független igazság; az azonban, hogy egy bűncselekményre öt vagy tíz évi fogházat szabnak-e ki, nem a jogi téTEL belső tartalmától függ, hanem attól, hogy az arra illetékes hatóság, bíróság, szerv így vagy úgy döntött-e; de annak jellegét, összetételét, stb. eleve politikai-társadalmi szempontok határozzák meg”.²⁹¹

A döntés a jogtalálás, a jogalkotás, s nem a jogmegvalósítás eszköze.²⁹² Helytelen az a koncepció is, hogy a döntés csak a bírói jogalkalmazással azonosítatik, hiszen problémákat más döntéssel (pl. tudományos döntéssel) is megoldhatunk. De jogi ügyek milliói oldódnak

²⁸⁸ Frank 2006, 24.

²⁸⁹ Varga 1992, 55.

²⁹⁰ Varga 1992, 82-86.

²⁹¹ Lukács 1978, 585.

²⁹² Isay 1929, 16.

meg a hétköznapi élet döntései által, anélkül hogy azok a bíróság elé kerülnének.²⁹³ (Amikor nem megyünk át a pirosban a Rákóczi úton, szintén jogilag releváns döntést hozunk.)

Maga a jog is a döntésben jelenik meg. A döntések által, a döntésekben válik valósággá a fiktív és hipotetikus normatartalom. Petrazycki példáját idézve: az a mondat, hogy „Zeusz az istenek királya” nem attól lesz „valósággá”, hogy egy archeológus ténylegesen elmegy az Olümposzhoz, ellenőrizendő e kijelentés tényszerűségét, hanem azon belátás által, hogy az ilyen kijelentések (ítéletek) alanya nem a valóságban, hanem csak a kijelentés által létezik.²⁹⁴ Gondolatunkkal (*norma*) világokat teremthetünk, s akaratunkkal (*döntés*) valósággá is tehetjük őket. Ahogy Jung írja: „A világ nem csak önmagában létezik, hanem olyan is, amilyennek én látom.”²⁹⁵

A szabály és a döntés *egyaránt jogi norma*: e koncepció leginkább éppen a kelseni joglépcsőtanban mutatkozik meg, ahol a jog legalsó szintje maga a konkrét döntés, amely nem pusztta jogalkalmazás, hanem jogalkotás is, hiszen Kelsen e két fogalom szétválasztását elrelativizálja, elméletében ugyanis az egyes szintek egyszerre valósítanak meg – felülről nézve – jogalkalmazást és – alulról nézve – jogalkotást. Azonban nem csak a joglépcső legalsó fokán, de a születés pillanatában és az egész érvényesülés alatt az akarat játssza a főszerepet; minden a kelseni elméletből is kiolvasható, hiszen nála a konkrét döntés szintén a normahierarchia része – ekként norma –, a normákról meg kijelenti, hogy azok „csak akaratból származhatnak”.²⁹⁶ A valóság is ekként az akaratlagos alkalmazás révén válik *ex post facto* jogilag relevánssá, hiszen a jogban – ellentétben a morálfilozófiával, ahol a bűn szükségszerű következménye a büntetés – a jogi tényállás csak azáltal jogi tényállás, hogy hozzárendeltünk egy következményt. Visszamenőlegesen a jogalkalmazás „alkotja” a (jogi) tényállásokat,²⁹⁷ ui. a következmény alkalmazása nélkül azok pusztta Sein-jelenségek maradnának.²⁹⁸ Mindezzel nem azt állítjuk, hogy a jog megszűnne abban az esetben, ha egy „*A legyen*” típusú állítás mellett „*nem-A van*” – hiszen éppen ez az ellentmondás eredményezi az érvényes jog létét, mert ha minden az lenne, ami elő van írva, nem kéne jog, s pláne nem lenne szükség az érvényesség kategóriájára –, ám amennyiben hosszabb távon és nagy számban is „*nem-A lesz*” – azaz hatékonytalan a „*nem-A*”-val szembeni „*A legyen*” kitétel –, valóban értelmét – érvényesülhetőségét – veszti a jogrend; ez történik a tényzférába való kilépésnél is. A jog érvényességének és érvényesülésének feltétele tehát, hogy a jog minta –

²⁹³ Baumann 1991, 62.

²⁹⁴ Petrazicky 1907, 36.

²⁹⁵ Jung 2006, 88.

²⁹⁶ Kelsen 2005, 47.

²⁹⁷ Ezt nevezi Varga Csaba a proceduralitás konstitutivitásának; völ. Varga 2003, 125-127.

²⁹⁸ Kelsen 2001, 12-14.

azaz nem szükségszerűen létező adottság – legyen, de e minta – épp lényegében foglalt célja okán – igényli a hatás, az érvényesülés lehetőségét, ami pedig az akarat eredménye. Az emberi (akarati) tényező tehát nélkülözhetetlen a joghoz. Ahogy Carl Schmitt írja:

„egy törvény nem képes önmagát alkalmazni, kezelní, végrehajtani; nem is tudja önmaga [...] megnevezni és kinevezni azon személyeket, akik [a jogot] értelmezni és kezelní kötelesek.”²⁹⁹

Hosszú ideig uralkodott ama ideológia, hogy a jogi norma már megalkottatásával valósággá vált.³⁰⁰ A norma érvényesüléséhez azonban számos normán túli feltételnek teljesülnie kell: a jogalanyoknak ismerniük és önként alkalmazniuk kell a jogot; ennek elmaradása esetén az arra hivatott szervnek fel kell lépnie a jogszertés ellen és a jogi normában meghatározott következményt alkalmaznia kell, akár kényszer útján is. Mindezen cselekmények nem az érvényességgel, hanem az érvényesítéssel, azaz az akarattal állnak összefüggésben: ergo *csak a jogalanyok akarata révén* válhat a halott betűkből valóság. Fontos látni azonban, hogy a mindenkor jog nem egy pusztta akarat, hanem legitim, elfogadott akarat. Az elfogadottság azonban annyit jelent csak, hogy valamilyen okból megvan az esélye arra, hogy a jogot kövessék a címzettek. Ennek hangsúlyozása azért fontos, mert ha teljesen a pusztta akaratra hagyatkoznánk a jog leírásakor, egy adóbehajtó és egy rabló szava között nem is találhatnánk normative különbséget,³⁰¹ és végül a köztük lévő tényleges erőkülönbség döntené csak el, melyiket is kövessük. Ezért nem lehet a jog *teljesen* a valóság tükrépe, illetve ezért – a jog objektív megkülönböztető jegyeként – van szükség az érvényesség posztulátumára.³⁰² Mert ha esetleg nem is mindig érvényesül az adóbehajtó akarata – miközben egy bankrabló meg esetleg megvalósítja akaratát –, a lényegi különbség, hogy az adóbehajtó felszólítása akkor is érvényes, ha egyébként nem érvényesülne, míg a bankrabló felszólítása akkor sem érvényes, ha akarata „érvényesülne” (azaz megvalósulna).

²⁹⁹ Schmitt 1993, 14.

³⁰⁰ Kininger 1971, 172-173.

³⁰¹ Kelsen 1968a, 1422.

³⁰² Ahhoz, hogy a jogi alrendszer lényegét – az elvárások kontrasztuális stabilizálását – biztosítani tudja, szükséges, hogy a bináris kommunikáció mentén intézményesedjék. A jog intézményesedésének központi fogalma az érvényesség kategóriája; ez a kiválasztási elv. A „jogszerű – jogszervű” binaritása kialakítja a kommunikációt, de ez a kommunikáció csak a megfelelő eszközintézmények és a megfelelő – immár belülről nézve célokként megjelenő – működési mechanizmusok révén válhat hatásossá. Ennek érdekében egy másik „strukturális szint” jelenik meg: ez az érvényesség. (Luhmann 1999, 314.) A jogi kommunikációs térben a jogi intézmények határát az érvényesség fogalma jelöli. Az érvényesség létrehozza azon intézményeket, amelyek mellett a jogiság „kontingenciája” szabályoztatik. Luhmann-nál központi fogalom a *kontingencia*, azaz annak jelensége, hogy az események másképp is történhetnek, mint ahogy az elvárások szerint történniük kellene (Luhmann 1987, 31. et passim). A társadalmi szinten az elvárások érvényesülését az elvárások normativitása biztosítja, de a társadalmi szinten a normatív elvárások kontrasztuálitása szembetűnközik a tényleges magatartások kontingenciájával, és ezt teljességgel nem is zárhatjuk ki. Az érvényesség pedig arra szolgál, hogy legalább a normatív szféra kontingenciáját csökkenthesse (Luhmann 1999, 321.) – azzal hogy tudjuk, mi is a jog.

III. 3. 2. Norma és döntés

A jogi definíciók többsége abból indul ki, hogy a jog magatartási norma. Ezt követően próbálják meghatározni azt a *specifica differentiat*, ami megkülönbözteti a többi normától. E kísérletek redukciója vezet a jognak törvénnyel való azonosításához, ami a társadalom széles köreiben is elterjedt vélemény. Georges Renard mondta egy előadáson tanítványainak, hogy

„[á]llítsák meg azt az embert, aki ezen előadó ablakai alatt elhalad, és kérdezzék meg tőle, mit gondol, mit csinálunk mi itt. A legkevesebb, amit tud, hogy ez a jogi fakultás, tehát azt fogja Önöknek válaszolni, hogy »Önök a törvényeket« tanulmányozzák.”³⁰³

És ezt a kérdést feltehetjük 80 évvel később is – hasonló válaszra számítsunk.

A „jog” szónak azonban több jelentése is van. Értünk alatta egy rendszert, egy összességet, de jognak nevezzük ezen összesség részeit is. Amikor jogról beszélünk, egyszerre gondolhatunk a jogrendszerre és annak egy elemére is. Azonban a jog definiálásakor a jelenséget magát: az összességet, az egységet és nem annak egy részét akarjuk meghatározni. Azok, akik a jogrendszer egészét a törvényekkel azonosítják (és érvényességét is ebből vezetnék le) – ergo a jogrendszert normák halmozának tekintik –, pusztán egy részelemét veszik figyelembe a jog egész rendszerének. A normák csak tárgyai, eszközei a jogrendszernek, de nem kizárálagos elemei.³⁰⁴ Ha csak általános jogszabályaink lennének, hasztalan lenne a jogunk, mert a jogszabály túl általános, túl statikus és szükségszerűen hézagos. Noha az absztrakció a jogi gondolkodás elengedhetetlen feltétele,³⁰⁵ mégis szükség van olyan eszközökre, amelyek konkretizálják a jogot. A jogszabály nem szabályozhat az egyedire tekintettel, mert a kazuisztikus túlszabályozottság révén az általánosság feloldódnék a jogszabály esetleges egyediségeiben, s ezzel voltaképp a jogilag nem átfogható tényhelyzetek körét szaporítanánk.^{306; 307} A hézagokat nem az általános jogszabály egyediesítésével, hanem az egyedire való alkotó alkalmazással, azaz a döntéssel – mint *különös közvetítéssel* – tölthetjük ki, amely ekként dinamizálja, élővé teszi a statikus jogszabályt. A döntés tehát – ahogy Hermann Isay írja – „egy egyedi eset meghatározott rendjének az akarása.”³⁰⁸ A meghatározott rend az általános jogszabály előírása.

³⁰³ Renard 1924, 25.

³⁰⁴ Romano 1975, 23.

³⁰⁵ Rothar 1979, 15-17., ill. Pokol 2005, 34.

³⁰⁶ Peschka 1988, 75.

³⁰⁷ A kazuisztikus szabályozás problémáiról lásd Varga 2004, 51-53.

³⁰⁸ Isay 1929, 60.

Tipikus helyzetben minden jogi szabályozás két úton történik: előre mutatóan és utólagosan. A normák előre szabályoznak: a jövő fogalmiasítása révén előreláthatóvá kívánják tenni a bizonytalant és absztrakt fogalmakkal próbálják leírni a jövő végtelen számú lehetőségeit. A normákat egy absztrakt tényállásra alkotják, holott majdan egy konkrétra kell őket alkalmazni. A jog azonban nem csak normákból áll, a jogrendszer ugyanis az absztrakt normák segítségével egyáltalán nem tudná beteljesíteni célját. Ezért van szükség a konkrét és utólagosan szabályozó döntésre. Mert „a jog alapvető értéke: *biztonsága*”,³⁰⁹ ám teret kell adni a *különösnek* is, hogy a jog további értékei (igazságosság, méltányosság) is megvalósulhassanak. „A különösség [...] közvetítő mező”,³¹⁰ s itt kap teret a bírói jogtalálás.

„A jogi norma kész, befejezett, mozdulatlan, statikus valami. A döntés ezzel szemben dinamikus, egy élményfolyamat, tehát az élet, a keletkezés, a mozgás” – foglalja össze Hermann Isay, a döntéselmélet egyik fontos kidolgozója.³¹¹ A mechanikus jogképben még a jogalkalmazás pusztá eszköze a döntés: a normának alárendelt szerep jutna neki. Montesquieu felfogásában a bíró „*la bouche de la loi*”, aki pusztán kimondja az absztrakt norma konkrét válaszát – ez a válasz azonban mintegy szükségszerűen „adódna” a normából (*naiv realizmus*).³¹² A gyakorlat azonban bebizonyította, hogy az élet ennél – és a normák szabályainál – bonyolultabb, ezért a bíró (és a jogi élet többi szereplőjének) alkotó tevékenysége nélkül nincs konkrét jogi megoldás, hiszen – amint Varga Csaba írja –

„a döntés premisszáinak érvelés útján történő kialakítása [...] nem írható le egyetemesen alkalmazható szabályok halmzával, mert minden konkrét helyzethez, [...] az *ún. jogalkalmazási szituációhoz* kötött. A szituáció pedig [...] sohasem választható el a szóban forgó folyamatban résztvevő *hallgatóságtól*”.³¹³

A normából egy gondolkodási folyamat eredményeként születik a sohasem alternatívátlan válasz – s ez a folyamat a döntés.³¹⁴ Ezért az érvelés a jog logikája, amint azt a II. fejezetben körbejártuk. Ahogy Chaïm Perelman megállapítja, bírálva a jog logikai következetetési láncolatként ábrázolását,

³⁰⁹ Peschka 1981, 242.

³¹⁰ Peschka 1981, 245.

³¹¹ Isay 1929, 25.

³¹² A jogi szillogizmus problematikusságáról és (esetleges) meghaladásáról ld. Baufeld 2005, 182-192.

³¹³ Varga 1992, 60. (kiemelések eredetiben)

³¹⁴ Vö. Isay 1929, 20.

„[a] szillogizmusban a premisszáktól a következtetésbe való átmenet szükségszerű. Az érvek átmenete egy döntésbe már egyáltalán nem ilyen szükségszerű: ha ez lenne a helyzet, az ember nem egy valódi döntés előtt állna.”³¹⁵

Mi a különbség a döntés és a norma között? A norma racionális, de személytelen, önmagában véve igazságtalan, mert túl absztrakt, nem értékelő, hanem értékekre vonatkoztatott aktus. A döntés irracionális, személyes, egyedi, nem kognitív, hanem volatív aktus eredménye, a jogérzettel és a gyakorlati észből táplálkozik.^{316; 317} A döntésnek két forrása van: a megpillantás és a megérzés.³¹⁸ E döntési módok racionálizálási kísérletei zajlanak a döntéslegitimáció során.³¹⁹

III. 3. 3. A jog szituatív szemlélete

A jogászság önideológiájában a jogalkalmazás eredménye egy személytelen és szükségszerű folyamat biztos eredménye – ezt a döntéslegitimációs érvet azonban az elmélet nem igazolja vissza.³²⁰ Előbb van a motiváció és az akarat, s csak aztán az ítélet.³²¹ A jogbiztonság így nem jogszabály szerinti döntést garantál, hanem meghatározott fórum általi, meghatározott időn belüli döntést. A döntés szükségszerűsége a normák jelentésének bizonytalanságából – ekként értelmezésre szorultságából – fakad, a döntés szubjektivitása pedig a döntés lényegéből. Kelsen egyértelműen kifejti, hogy a magasabb rendű norma sohasem képes hézagmentesen meghatározni alkalmazásának eredményét,³²² hiszen „a norma nyelvi értelme nem egyértelmű; a norma több lehetséges jelentéssel találja magát szemben”.³²³ Ez a jelentésadás a jogi döntés, amelynek eredménye szintén egy norma, mely norma nem azért norma, mert tartalmilag szükségszerűen következne egy felette álló normából, hanem pusztán azért, mert formálisan, eljárásilag következik – azaz igazolható – e felsőbb normából. A klasszikus jogi

³¹⁵ Perelman 1979, 11.

³¹⁶ Isay 1929, 25-28.

³¹⁷ A jogérzet kifejezése vitatott, többjelentésű fogalom. A jogérzet különböző tudati szintjei között lehetünk különbséget (vö. Riezler 1946, 7-8.): ennek megfelelően a jogérzet lehet 1. a Sollen megérzése; 2. egy erkölcsi-kritikai jogtudat; ill. 3. az ösztönös jogkövetés. Ám kérdés, hogy ez a jogérzet velünk született tulajdonság-e vagy társadalmi beilleszkedésünk eredménye. Sokak szerint egy olyan pszichológiai adottságról van szó, amelynek egyes előzményei már bizonyos emlősknél is megtalálható (Hendrichs 1985, 57-70.). Ezt a felfogást tagadja Jhering: szerinte „[n]em a jogérzet keletkezeti a jogot, hanem a jog a jogérzettel” (Jhering 1893, XIV.). Franz-Xaver Kaufmann is arra hívja fel a figyelmet, hogy a jogérzet csak egy pszeudo-pszichológiai fogalom, valójában „a jogászok alkotása”, amely a társadalmi nevelés és részvétel által alakul ki a jogalányokban (Kaufmann 1985, 185-186.).

³¹⁸ Isay 1929., 67.

³¹⁹ Isay 1929, 78.

³²⁰ Varga 1992, 62.

³²¹ A bírói döntések lehetséges motivációiról lásd Bendix 1968, 133-144.

³²² Kelsen 2001, 50-51.

³²³ Kelsen 2001, 52.

módszertan szerint megvannak azok az értelmezési utak, eszközök, amelyek révén megkaphatjuk egy felsőbb norma konkrét jelentését, a felsőbb norma alkalmazását, azaz az alsóbb normát. Kelsen azonban elrelativizálja a jogalkotás és jogalkalmazás fogalmait, rámutatva arra, hogy a jogi élet valamennyi szintjén – kivéve a legelső és a legalsó lépcsőfokot – egyszerre zajlik alkotó és alkalmazó folyamat. És mivel a normának nem egy jelentése van, hanem több jelentése, a konkrét jelentés – ugyan a felsőbb norma keretei között marad – nem a felsőbb normától származik szükségszerűen – tehát nem egy megismerési aktus eredménye –, hanem a jogalkalmazótól. Tartalmilag a jog ezért nem is garantálhat teljes bizonyosságot; ha ugyanis előre tudnánk, mi a jog válasza, nem kéne bíróság, ügyvéd és ügyész, hiszen minden „magától”, azaz a jogszabályokból értetődne.³²⁴ Épp a válasz többesélyűsége miatt megyünk bíróságra, bízva abban, hogy a bíró *akarata* a mi érveinket fogadja el. A jogszabály – ahogy Niklas Luhmann írja – passzív: „idéztetik [...], de nem tud a döntésről diszponálni”.³²⁵ Ezért az *argumentáció* a jog logikájának a sajátossága.³²⁶

A jog mint rendszer mindenkor szituációban nyilvánul meg: és épp a döntés szükségszerűsége adja meg a mindenkor szabadságot, hiszen – ahogy Vladimir Kubeš írja – „[a] helyzet nem mondja meg az embernek, *hogyan* kell döntenie. Teret enged neki, hogy így vagy úgy cselekedjék.”³²⁷ És az, hogy ki milyen motivációk hatására dönt így vagy úgy, meghatározhatja ugyan a jog (az attól való félelem vagy a vele való belső azonosulás), de más szempontok is. Egyéni szabadságunkkal áll összefüggésben a Luhmann által döntés paradoxonának nevezett jelenség is: azaz, hogy ott merül fel igazán a döntés szükségszerűsége, ahol elvi szinten nem hozható döntés. Amennyiben a konkrét kérdés eldönthető (azaz van rá *egy* válasz), akkor e válasz a kérdés belső lényegéből adódik: megválaszolása nem döntés, hanem felismerés.³²⁸ Ám a társadalmi jelenségeknél nincs szükségszerűség, így a kérdések megválaszolása valójában azért történhet csak döntéssel, mert nincs mit felismerni, nincs eleve adott válasz. A válasz mindenkor a helyzettől és *tőlünk* függ – nem egy objektív szabályosságtól. Ahogy Varga Csaba írja:

„Bármiféle külső kényszerítő tekintély hiján, gyakorlatunk során végső soron *csakis magunk fegyelmezhetjük, befolyásolhatjuk vagy irányíthatják magunkat*”.³²⁹

³²⁴ A jogbiztonság mitoszáról lásd Frank 2006, 19-27.

³²⁵ Luhmann 1999, 38.

³²⁶ Perelman 1962, 222.

³²⁷ Kubeš 1986, 80. (kiemelés eredetiben)

³²⁸ Luhmann 1995, 307-310. (A politikum kapcsán hasonlót állít Mousse 2007, 19.)

³²⁹ Varga 1992, 69. (kiemelés eredetiben)

Mindez abból fakad – amint feljebb fejtegettük már –, hogy a jog nem egy tényhelyzet leírása, hanem egy értékítélet: nem azt jelentjük ki, hogy a jogilag megítélező, eldöntendő tényhelyzet milyen, hanem azt, hogy milyennek kell lennie. Az értékítéletek nem az értékelt tulajdonságaiból adódnak – mint a megismerési ítéletek –, hanem az értékelő alany véleményéből, ekként szükségszerűen szubjektívek, s episztémológiailag egyaránt igazak és hamisak, azaz verifikálhatóan nem eldönthetőek.³³⁰ A jogi döntésnek azonban társadalmi vonatkozásai vannak: mindez egyrészről – etikai értelemben – felelősséget ró a döntéshozóra, másrészről eleve nem a semmiből születik, tehát mindenki a jogi igazodni kell környezetéhez, s ez biztosítja voltaképp, hogy nem önkényes, hanem társadalmilag hasznos döntések szülessenek.

Nos, a jog azért jött létre minden társadalomban, hogy szervezzen, problémákat megoldjon, azaz: valósággá váljék. Mint láttuk, a normák nem valóságok – parafrázálva Frankot: nem mennek maguktól a bíróságra –, csak az akarat képes valósággá tenni őket. És az akaratnak nem pusztán eszköz szerep jut, hanem ő határozza meg, ő mondja ki, hogy *mi* a norma – ezért a döntés nem a norma alkalmazása, hanem a bíró szellemi alkotómunkája.³³¹ Egy társadalomban az lesz hát a jog, amit a jogalanyok, bírók, törvényhozók *jogként akarnak*. A törvény ui. nem objektív adottság, hiszen – amint Arisztotelész rámutat – a törvény szellemé az őt alkotó ember szellemétől nem elválasztható.³³² Magyarán, ha értékeket (erényeket) akarunk a jogállam révén előhozni, nem a jogra (*Sollen*), hanem az azt alkotó és alkalmazó emberre (*Sein*) kell hatni. Bármilyen intézmény csak az arra képessé tett emberekkel teljesítheti ki feladatát: nem véletlenül ismeri el egy kortárs magyar liberális politikai filozófus is, hogy „csak annak a morális tekintélynek jár ki az egyéniségre szabott jog, a szabadság és autonómia, akit a nevelés erre már felkészített”.³³³ Bármily szép „apapótlék” (Jerome Frank), a jog sem mentesít minket felelősségeink és cselekvésünk alól – egy reális jogontológia, lerántva a normatív fikciókról, a „hatalom misztikus okáról” (Blaise Pascal) a leplet, erre mutat rá. Mert – ahogy Zlinszky János írja –

„nem születik meg az érték csak úgy véletlenül, azért meg kell vívnia a maga harcát értékkereső egyénnek és társadalomnak egyaránt”.³³⁴

Annak belátása, hogy jogszabályaink se adhatják meg a teljes biztonságot – mert jelentésüket nem önmagukban hordozzák, és nem mechanikusan vonatkoznak az élet sokszínűségére –,

³³⁰ Vö. Achermann 1955, 54-64. et passim.

³³¹ Bendix 1968, 88.

³³² Arisztotelész 99.

³³³ Bretter 2004, 99.

³³⁴ Zlinszky 2006, 13.

éppen nem egy dekonstruktív gondolat, hanem az egyéni és közösségi felelősség fontosságát hangsúlyozza. Szükség van szabályosságra, előreláthatóságra, jogbiztonságra, jogállamiságra – de mindeneket nem pusztán ilyen fogalmak törvényi bevezetésével, előírásával, hanem elsősorban egy megfelelő jogtudat és jogkövető magatartás megléte esetén tudhatjuk elérni, fenntartani. Annak belátása, hogy a jog mögött az akarat húzódik meg, elvezethet persze önkényhez – de éppen annak megakadályozásához is. Megfelelő jogtudat és jogkövető magatartás nem jogszabályok, hanem helyes történelmi élmények, tapasztalatok eredménye, vagy – azok esetleges hiánya esetén – tudatos nevelés eredménye, így nagyon is politikai és pedagógiai feladat. A weimari és a bonni alkotmány között se a leírt szavakban, a bevezetett jogintézményekben van a legfontosabb különbség, hanem a társadalmi környezetben. A bonni köztársaság már nem elégedett meg azzal, hogy demokratikus és jogállami alkotmánya van, hanem tudatosan arra törekedett – a társadalmi „nevelés” legitim eszközeivel is –, hogy az alkotmány szavait az alkotmány eredeti szándékának és szellemének, egy demokratikus, liberális jogállamnak megfelelően értelmezze bíró és polgár egyaránt.

Puszta szavak nem teremtenek új valóságokat – erre csak erős akarat képes. Németországban sikerült egy megkésett, erősen autoriter és militarista hagyományokkal rendelkező nemzetből a mai Európa egyik legnyitottabb, legliberálisabb jogállamává válnia. Ott az akarat ugyanis a jogállam feltételeinek megteremtésére és nem – mint Weimarban – szétzúzására irányult.

IV. A *Daseinsvorsorge* mint a pozitivizmust meghaladó, közigazgatás alapú államlegitimáció

A következőkben a jogi pozitivizmus kritikája a *Daseinsvorsorge* elmélete alapján jelenik meg. Ernst Forsthoff vezette be e fogalmiságot mint tudatosan metapositívként gondolt megújítását a régi közigazgatási jognak, amely – véleménye szerint – egy ipari társadalom új kihívásainak – mégpedig az emberi lét biztosításának – nem tudott már megfelelni. Ezért célozta meg Forsthoff a „klasszikus“ közigazgatási jog szabályozási céljának és dogmatikájának kinyitását.

A társadalmi változások a 20. század első negyedében már odavezettek, hogy az ember – akinek lehetőségei és perspektívái térbeliileg igencsak kiterjedtek (effektív élettér) – nem volt már képes pusztán az uralt életterére támaszkodva a létfenntartását biztosítani. Míg a lehetőségei tágultak (effektív élettér), a konkrét helyzete szűkült (uralt élettér). Forsthoff vezette be a két élettér-fogalom megkülönböztetését: van az uralt, illetőleg az elérhető (későbbi elnevezésben effektív) élettér:

A klasszikus liberalizmus felfogása szerint az állam és a társadalom elválasztottan létezik, az állam feladata csupán annyi, hogy jogszabályokkal biztosítsa a társadalmi-gazdasági folyamatok zavartalan, állami beavatkozástól mentes működését. Egy ilyen állam – és egy ilyen jog – azonban nem képes reagálni azokra a változásokra, amelyek miatt mind a társadalom, mind az egyén egyre inkább nem csupán az állam passzivitását és a jog absztrakt kiszámíthatóságát igényli, hanem az állam beavatkozó segítségét (jóléti állam) és egy nyíltabb jog-felfogás megjelenését. Ha az állam aktív feladatai erősödnek, az egyrérszről a közigazgatási jogot érinti leginkább, másrészről viszont kihat az egyén és az állam általános kapcsolatára is, újfajta állam-legitimációs indokot megjelenítve. A közigazgatási jog „felduzzadása“, aktivizálódása okán az egyén szerepe megváltozik: a társadalmi-gazdasági változások miatt kiszolgáltatott helyzete miatt állami védelemre szorul, de ennek okán viszont az állami beavatkozásokkal szembeni egyéni kiszolgáltatottsága növekszik.

Ernst Forsthoff német közjogász érzékelte leginkább e változásokat. Miközben a közigazgatási jogot ő ennek megfelelően az államszervezés helyett elsősorban az egyéni létfenntartás biztosításának (*Daseinsvorsorge*) céljába állította – ezt a közigazgatási jog elméletének és dogmatikájának megváltoztatásával is összekötötte. Másrészről viszont Forsthoff – immáron nem közigazgatási, hanem alkotmányjogászként kifejtett

munkásságában – az államiságot nem akarta kiszolgáltatni teljesen az egyéni és társadalmi érdekeknek – aminek következményét nevezte Carl Schmitt „mennyiségi leg totális államnak” –, hanem egyfajta „neoliberális autoritarizmus” jegyében az állam „minőségi totalitását” akarta megőrizni a növekvő egyéni és társadalmi befolyással szemben. Mind közigazgatáskjogi, mind alkotmányjogi koncepció azonban a német jogtudomány fontos metapozitivista kísérleteit jelentik.

Amikor a jog születéséről, az állam legitimitásáról gondolkodunk, a Daseinvorsorge gyakorlati szempontokat vet fel: az állam azért és azáltal legitim, amiért és ami által elfogadott. Ez a modern társadalomban leginkább a gondoskodás révén biztosított – így válik a Daseinvorsorge közigazgatási jogi fogalmából a jog lényegére, az állam legitimitására, elfogadottságára vonatkozó felvetés. Éppen ezért egy különösen érdekes metapozitív kísérlet.

IV. 1. Egy új államlegitimáció és jogszerep igénye

Egy technikailag egyre fejlettebb világban olyan új lehetőségek nyílnak meg az emberek előtt, amelyek addig nem ismert távlatokat eredményeznek, de ez a térbeli és időbeli szabadság ugyanakkor elidegeníti és eltávolítja a korábbi emberi kapcsolatok kiszélesítése révén a társadalom tagjait egymástól. Kiszakad az ember a korábbi természetes környezetéből – értve ezalatt az anyagi környezetét (természet) és az immateriális környezetét (család, kultúra) –, ugyanis egyre szabadabban – értsd: kötetlenebbül – tud mozogni, élni. Isaiah Berlin egy nagy hatású esszéjében különbséget tett negatív és pozitív szabadság között: az ő tipológiája szerint a negatív szabadság az az állapot, amikor az ember külső kényszerektől mentesen, az élet, a természet külső erőitől szabadon tud létezni.³³⁵ Ez a negatív szabadság azonban magában hordozza az elidegededés lehetőségét is.

Carl Schmitthez hasonlóan Ernst Forsthoff is igen korán felismerte, hogy a jogtudomány – amely absztrakt normalitásokat feltételez, és azokból indul ki – rég elhaladt a valóság mellett. Forsthoff éppen ezért a közigazgatási jogot új fogalmi alapokra akarta helyezni. Felismerése szerint az iparosodás, a városiasodás, a technikai fejlődés az embereket negatív értelemben teszi szabaddá, és éppen ezért az így negatíve szabaddá tett embernek nagyobb szüksége van az állam – és főleg az állami közigazgatás – nyújtotta segítségre, támogatásra, védelemre, mint a történelem során bármikor. E feladatköröket nevezte összefüggően „Daseinsvorsorgének”, amely így a modern állami közigazgatás legfőbb feladata lenne. Az is Forsthoff újszerű és gyakorlatorientált megközelítését bizonyítja, hogy az állam esetében a közigazgatást azonosította a központi elemként, mert a legfontosabb állami feladat nem a negatív szabadság fenntartása (amire a három hatalmi ág és főleg azok szétválasztása alkalmas), hanem a negatíve szabad állampolgár pozitív védelme, a róla való gondoskodás (*Fürsorge, Vorsorge*).

Azon korábbi „természetes” egységek, amelyek az emberek védelméről gondoskodtak – a családi közösségtől a faluközösségen át az egyházig – a modernizáció és a szekularizáció révén meggyengültek, és szerepüket az államnak, az állami közigazgatásnak – amely ennek megfelelően elsősorban szociális igazgatás, gondoskodás – kell átvennie.³³⁶ A modernizáció és a technikai fejlődés révén eleve nagyobbak lettek a negatívan szabad ember igényei, és az esetlegesen még jelenlévő, korábbi gondoskodó közegei nem is lennének képesek eme új és

³³⁵ Berlin 2006, 201skk

³³⁶ Jaspers 1932, 5. et passim.

nagyobb igényeket megfelelően kielégíteni. Az emberi emancipáció paradox módon tehát ahhoz vezet, hogy a szabadság fokának növekedésével újabb és nagyobb intézményekre van szükség, amelyek e szabadságtól védeni tudják a kötetlenné vált embert – mert különben éppen csak a ténylegesség, a biológiai adottságok határoznák meg egy-egy emancipált ember sorsát.³³⁷ A kontrollálatlan negatív szabadság olyan helyzeteket eredményez, ahol az erősebbek – felszabadult erejük ténylegessége okán – túlélnek, miközben a gyengék csak vegetálnak és félelemben élnek, mert számukra a negatív szabadság védtelenséget jelent.³³⁸ A lét-védelem (*Daseinschutz*) feladatait így az állam veszi át, amelynek saját feladatait és intézményeit (azaz a közigazgatást) ennek megfelelően kell újrafogalmaznia. Amit Schmitt az államtan szintjén fogalmazott meg – hangsúlyozva, hogy az állam feladatait és eszközeit a sohasem normális (azaz minden rendkívüli) konkrét helyzetből kiindulva kell meghatározni –, Ernst Forsthoff a közigazgatási jog dogmatikájába vitte át.

Ahogy Willi Blümel méltatásában írja: „Forsthoffnak érzéke volt az újdonságokra”,³³⁹ így igen korán megfigyelte a fentebb leírt tendenciákat, és a „Daseinsvorsorge” fogalmának bevezetésével akarta újrafogalmazni az állam és a pozitív jog addig ismert lényegét és feladatait. A „Daseinsvorsorge” nem csupán egy új közigazgatási feladat, és nem szükíthető csupán az anyagi gondoskodásra. A „Daseinsvorsorge” éppen azt biztosítja, hogy az állam – amelynek klasszikus fogalma és lényege történelmileg meghaladottnak látszik³⁴⁰ – új, metapozitív legitimitást és igazolást nyerhessen.

Forsthoff az állami legitimáció újrafogalmazásának során a (schmitti értelemben vett) totális állam helyeslésétől a nemzeti szocializmuson³⁴¹ át jutott az ipari társadalom államának meghatározásáig, amelynek révén újszerű közigazgatási és államjogi elméletét a konkrét körülményekből, változásokból – így (ha tetszik) a rendkívüliből kiindulva – tudta felépíteni. Először maga is úgy vélte, hogy a totális állam – a minőségileg totális állam – lehet képes az ipari korszak, a modernítás követelményeinek megfelelni, de idővel egyre inkább a szubszidiaritás és a társadalom szerepét hangsúlyozta a túlontúl erős és nagy állammal szemben.

³³⁷ Ezen biopolitikai koncepcióról ld. Agamben 2002, 127. et passim.

³³⁸ Ahogy Carl Schmitt írta: „A nem-beavatkozás (...) nem más, mint beavatkozás a mindenkor hatalmasok és kíméletlenek érdekében.” (Schmitt 1988, 154.)

³³⁹ Blümel 2003, 119.

³⁴⁰ Ld. Schmitt 2003, 383. et passim.

³⁴¹ Kersten 2005, 544skk.

IV. 2. Daseinsvorsorge: egy új fogalmiság okai

IV. 2. 1. Társadalmi-történelmi változások

A 19. század óta megjelenő változások (urbanizáció, tömegtársadalom kialakulása, technológiai újítások, iparosodás stb.) révén az emberiség lehetőségei – és ezzel arányosan az igényei – folyamatosan nőttek, miközben a források szűkössége nem változott ilyen arányban. Amikor Ernst Forsthoff először bevezette a „Daseinsvorsorge” fogalmát, ezen változásokra kívánt reagálni, és a közigazgatást – valamint annak tudományát – a valósághoz közelebb vinni. Elméleteinek egyik lehetséges előfutára – noha egyértelmű kapcsolódás nem állapítható meg – Karl Jaspers filozófus,³⁴² aki már 1932-ben, tehát pár évvel Forsthoff előtt, éppen azon problémákra és jelenségekre utalt, amelyeket aztán Forsthoff a maga közigazgatásjogelméleti koncepcióiban mélyebben és jogászilag továbbgondolt. Jaspers szerint a tömegtársadalom jelentette változások miatt az ember „mindennel érintkezésbe” került: „Semmi se távoli, titkos, csodálatos”.³⁴³ Amit Jaspers még inkább érzelmileg fogalmazott meg, Forsthoff pontosította tovább, amennyiben is ő különbséget tett az *uralt* és az *effektív élettér* között. Erre a különbségetévre – amit későbbi műveiben is többször szószerint megismételt³⁴⁴ – alapította a „Daseinsvorsorge” fogalmát. E fogalom első ránézésre nem tűnik jogászinak – számosan ezért eleve úgy vélték, hogy Forsthoff nem új jogi dogmatikát alkotott, mert eleve vitatták a fogalomképzésének dogmatikai helyességét.³⁴⁵

A „Daseinsvorsorge” fogalma egzisztencialista ihletettségű. Noha az az állítás, hogy Forsthoff Heideggiertől kölcsönözte volna,³⁴⁶ nem igazolható. Karl Korn mégis kapcsolódást vélt felfedezni a heideggeri Dasein és a forsthoffi Daseinsvorsorge között, mivel a Dasein éppen azon gondokat, azon életféllemeket jelenti,³⁴⁷ amelyek mérséklése a Daseinsvorsorge feladata. A német „Sorge” szó is egyszerre jelent gondot, nyugtalanságot, aggodalmat, valamint gondoskodást, segítséget. Az emberek elidegenedtek az uralt életterüktől, és ezért Dasein-gondjuk (Sorge um Dasein, Daseinssorge) lett, az effektív élettér ugyanis nem nyújtja a megfelelő védelmet, gondoskodást.

³⁴² Scheidemann 1991, 20skk.

³⁴³ Jaspers 1932, 29.

³⁴⁴ Vö. Forsthoff 1938, 4skk.; Forsthoff 1958, 4skk.; Forsthoff 1968, 146skk.

³⁴⁵ Vö. Fischerhof 1960, 41skk.; Börner 1971, 406skk.; Ossenbühl 1971, 516sk.

³⁴⁶ Heidegger Sorge fogalmáról ld. Merker 2001, 117-132.

³⁴⁷ Korn 1959, 167. et passim.

IV. 2. 2. A Daseinsvorsorge fogalma

Az emített társadalmi változások odavezettek, hogy az ember – akinek lehetőségei és perspektívái térbeli leg igencsak kiterjedtek (effektív élettér) – nem volt már képes pusztán az uralt életterére támaszkodva a létfenntartását biztosítani. Míg a lehetőségei tágultak (effektív élettér), a konkrét helyzete szűkült (*uralt élettér*). Forsthoff vezette be a két élettér-fogalom megkülönböztetését: van az uralt, illetőleg az elérhető (későbbi elnevezésben effektív) élettér:

„Uralt élettérként [azon élettér] azonosítható, amely olyan intenzív módon kapcsolódik az emberhez, hogy azt csak önmagához tartozónak, sajátjának tekintheti, és amelynek uraként érezheti magát. Ez nem más, mint az udvar, a föld, ami az övé, a ház, amiben él.”³⁴⁸

Ezen mgkülönböztetésre, amely elsősorban még szociológiai – vagy Christian Schütte szerint pszeudo-szociológiai³⁴⁹ – megfigyeléseken alapult, építette fel Forsthoff a maga Daseinsvorsorge-elméletét, (1) amely képes volt a közigazgatás ténylegességét, valóságát, amely már akkoriban is számtalanszor gondoskodásról (*Daseinsfürsorge*) szólt,³⁵⁰ jogilag megragadható formában leírni, és (2) amely – alapfogalomként – a közigazgatás egy új feladatát jelölte ki, és ezzel a közigazgatási jogi dogmatika újrafogalmazásához járult hozzá. Ami számos nyelven egyszerűen közszolgáltatásként ismert (service public, public services, servicio público, usługi publiczne stb), Forsthoff révén nyert – tanúsítva „a tárgyiasítás németekben rejlő képességét” (Forsthoff)³⁵¹ – közigazgatásjog-elméleti megfogalmazást.

Miért volt szükséges a közigazgatás számára új feladatokat meghatározni, és a közigazgatási jog tudományát ennek megfelelően újrafogalmazni? „[A] modern ember már nincs azon alapvető javak birtokában, amelyek nélkül léte akár csak egy napig is elképzelhető volna” – válaszolja meg Forsthoff maga kérdést, a probléma bemutatásával.³⁵² Az effektív (elérhető) élettér kitágulása – például a közlekedési lehetőségek megsokszorozódásának és felgyorsulásának köszönhetően³⁵³ – azt eredményezte, hogy az összeszűkült, uralt élettér az új elvárásokat, igényeket már nem tudta kielégíteni. A paraszt, aki egykoron mezőgazdasági munkával tudta a létfenntartását biztosítani, a városba, lakásba költözött,³⁵⁴ és köz- (azaz

³⁴⁸ Forsthoff 1935, 398.

³⁴⁹ Schütte 2006, 45. (Peter Häberle szerint Forsthoff bizonyos ideológiai premisszákból kiindulóan elemzett; Häberle 2002, 11.)

³⁵⁰ Vö. Huber 1974, 141skk.

³⁵¹ Forsthoff 1968, 161.

³⁵² Forsthoff 1938, 7.

³⁵³ Forsthoff 1938, 5.

³⁵⁴ Ld. „A ház helyébe az emelet, a bútorozott szoba, a hálószoba lépett.” (Forsthoff 1938, 5.)

külsődleges) szolgáltatásokra lett ráutalva. Minél nagyobb, minél távolibb lett az effektív élettér, annál inkább szüksége lett az embernek rendezett, a közjó felé elkötelezett, gondoskodó intézményekre. Egy mai német közigazgatási jogi kommentár is megállapítja, hogy „a *Daseinsvorsorge* teljesítsi feladatát az állam nem engedheti át az erők szabad játékának”.³⁵⁵ Forsthoff az állam – azaz az állami közigazgatás – feladatává tette, hogy biztosítsa a létfenntartást, a *Daseinsvorsorgét*.³⁵⁶ Azaz – ahogy Forsthoff meghatározza a *Daseinsvorsorge* feladatát –

„a (szó legszélesebb értelmében vett) államra hárul a feladat és a felelősség, hogy minden megtegyen, ami a létezés feltételeit biztosítja [Daseinsermöglichung] az élettér nélküli ember számára”.³⁵⁷

A *Daseinsvorsorge* mint új állami feladat egyben erősíti is az állampolgári hűséget, az állam és az állampolgár kapcsolatát (és ennek megfelelően az állam legitimitását), mivel az állampolgár a személyében lesz érdekelt az állam – mint a *Daseinsvorsorge* biztosítója – zavartalan továbbműködésében. A *Daseinsvorsorge* forsthoffi koncepciója (1) egyrézszeről egy új közigazgatási jogi fogalmat jelent, (2) másrészről egy új állam-legitimációs alapot teremt. E kettős cél onnan is kiolvasható, ahogy Forsthoff a *Daseinsvorsorge* fogalmának értelmét meghatározza:

„A *Daseinsvorsorge* fogalma arra szolgál, hogy [1.] a modern állam szolgáltató feladatai között, feltéve, hogy az állam nem csupán fiskálisan cselekszik, közjogi elem legyen felmutatható, valamint [2.] egyidejűleg az egyénnek az államhoz való alapviszonyát az adottságoknak megfelelően újrafogalmazza.”³⁵⁸

A meghatározásban tehát ott a *Daseinsvorsorge* kettősége: egyszerre közigazatásjogi fogalom és államlegitimációs ok.

³⁵⁵ Ronellenfitsch 2003, 79.

³⁵⁶ Herdegen 2003, 43.

³⁵⁷ Forsthoff 1958, 6sk.

³⁵⁸ Forsthoff 1959a, 9.

IV. 3. Feladatcentrikus közigazgatástan

IV. 3. 1. Régi valóság – új dogmatika

Amikor Forsthoff kidolgozta a saját elméletét, a valósághoz akarta közelíteni a közigazgatási jogi dogmatikát, ugyanis a valóságban a közigazgatás már az ő korában is nagyrészben köszolgáltatást jelentett. A közigazgatási jog fogalmisága azonban a pozitivista Polizeywissenschaft keretei között rekedt meg. Már az 1960-as években – visszatekintve korábbi munkásságára – azt írta, hogy

„a közigazgatástan lényegi feladata abban áll, hogy olyan valóságelemeket szállítson, amelyek alkalmasak alakítólag visszahatni a közigazgatási jogra, azaz képesek a meglévő jogelveket módosítani vagy új jogelveket létrehozni.”³⁵⁹

Ezen okból hivatkozott Lorenz von Stein munkásságára, aki már a 19. században, az akkor uralkodó, szigorúan pozitivista közigazgatási jogtudománnyal vitatkozva, a közigazgatást és annak tudományát, amit ő közigazgatástnak (és nem közigazgatási jogtudománynak) nevezett, nem a jogászi előírások, hanem a teljesítendő, megoldandó feladatok, problémakörök felől határozta meg. Szerinte a közigazgatási jog „az igazgatandó lényegéből (*aus dem Wesen des zu Verwaltenden*)” határozandó meg.³⁶⁰ Hasonló okból akarta Forsthoff is megújítani a közigazgatási jog tudományát:

„A Daseinsvorsorge, mint a létszükségletekről, a létlehetőségről való gondoskodás, manapság egyáltalán nincs oly módon dogmatikailag figyelembe véve, ahogy illenék.”³⁶¹

A hagyományos dogmatika alkalmatlan volt arra, hogy a megváltozott társadalmi körülményeket észlelje, és ezért Forsthoff fogalomalkotása nem leíró-(jog)szociológiai, hanem normatív-dogmatikai természetű.³⁶² Forsthoff célja ezért, hogy „a modern közigazgatási jog tudományának alapjait (...) bizonyos vonatkozásban megvilágítsa”.³⁶³

Forsthoff a jogot nem zárt Sollen-rendszernek tekintette, hanem Carl Schmitthez hasonlóan a valóságból kiindulóan próbálta meg meghatározni. Míg Forsthoff az alkotmányjog területén igencsak merev-konzervatív álláspontot képviselt – elutasítva a szociális államiság és a jogállamiság azonosrendűségét vagy a 2. világháború utáni német alkotmánybíráskodás

³⁵⁹ Forsthoff 1964a, 138.

³⁶⁰ von Stein 1972, 451. (kiemelés eredetiben)

³⁶¹ Forsthoff 1938, 12.

³⁶² Scheidemann 1991, 174.

³⁶³ Forsthoff 1938, 2.

munkásságában megjelent érték-logikát –, a közigazgatási jog területén híve volt az újszerű, dinamikus fogalmiságoknak. Mondhatni: amit Schmitt az alkotmányjog terén tett – az alkotmányjog politikai és tényleges elemeit hangsúlyozva, a pozitivizmust meghaladva –, Forsthoff a közigazgatási jogban gondolta tovább.³⁶⁴ Schmitt realista alkotmányelméletét így kiegészíti Forsthoff realista közigazgatástana – mindenkitő a pozitivizmus meghaladásaként értékelhető.

IV. 3. 2. Daseinsvorsorge mint nemzetiszocialista fogalom?

Forsthoff a Daseinsvorsorge fogalmát a nemzetiszocialista időkben vezette be a tudományosságba. Ez nem csak a megszületésének idejére vonatkozó történelmi tény, de egyben tartalmi kérdéseket is felvet arra vonatkozólag, hogy miért éppen a nemzetiszocializmus ideje alatt nyílt lehetőség a realitás-alapú közigazgatásra, és hogy mennyire kapcsolódott e kor szellemiségehez Forsthoff munkássága.

Noha 1945 után – sokszor a német önfelmentés stratégiába illeszkedően – többször is az állítólag valóságidegen és értékrelativista (jog)pozitivizmust vádolták azzal, hogy védtelenné tette volna a német jogászságot a nemzetiszocializmussal szemben,³⁶⁵ valójában a nemzetiszocialista jogszemléletet igen erősen áthatotta a pozitivizmus elutasítása, a hagyományos, klasszikus jogdogmatika meghaladása. Azaz éppen, hogy nem a pozitivizmus, hanem ennek meghaladása szolgáltatta ki a német jogászságot a nemzetiszocializmusnak.³⁶⁶ A nemzetiszocializmust ugyanis (pszeudó-)természetjogi gondolatiság határozta meg.³⁶⁷ Ez a homályos jogkép – és nem a pozitivizmus merevsége – tette lehetővé, hogy számos német jogász – főleg azok, akik eleve kritikusak voltak a valóságidegenként megélt (jog)pozitivizmussal szemben – könnyen utat és kapcsolatot talált a nemzetiszocializmus felé.³⁶⁸ A náci jogászok többsége a pozitivizmus meghaladását szorgalmazták, mert a pozitivizmus révén a életvalóság és a merev törvények között (azaz a konkrét és az absztrakt között) szakadék tátongana. Ezen állítás szerint a pozitivizmus, főleg a tiszta jogtan absztrakt normativizmusa miatt nem lett volna képes a német jogtudomány a konkrét közösség konkrét élethelyzetére megfelelően reagálni. A náci jogászok, a történeti jogiskola hagyományait

³⁶⁴ Storost 1984, 169.

³⁶⁵ Ez ellen érvel pl. Walther 1989, 323skk.

³⁶⁶ Vö. Schlink 1991, 171.

³⁶⁷ Minderről ld. Wittreck 2008; kortárs példaként pedig ld. Nicolai 1934, 76. et passim; Sauer 1934/35, 245. et passim.

³⁶⁸ A pozitivizmust már a weimari köztársaság idejében élesen bírálták, ezért nem lehet egységes pozitivista korszellemről beszélni.

követve, a jogot nem absztrakt eszköznek, hanem egy konkrét nép, népi szellem kifejeződésének tartották. Karl Larenz ezért javasolta akkoriban, hogy „ezen absztrakt látásmódtól, azaz attól az elképzeléstől, hogy a jog nem más, mint normák rendszere, meg kell szabadulnia a ma jogfilozófiájának”.³⁶⁹ A jognak ehelyett a konkrét (nép-) rendre kell hivatkozna, és fogalmait abból levezetnie.³⁷⁰

Noha e követelés főleg a nemzetiszocialista célok jobb megvalósulását szolgálta, tény, hogy a valóság felé fordulás egyben jogi megújulásra, tudományos vitákra is lehetőséget adott. Forsthoff is abból indult ki, hogy a jogtudománynak nem zárt normarendszernek, hanem a valóságra reagáló problémamegoldásnak kell lennie. Tény tehát, hogy a nemzetiszocialista jogfelfogást – amint Stolleis írja – „a közigazgatási reáliák felé fordulás”, „a norma és a közigazgatási valóság közötti szakadék szűkítése” jellemezte.³⁷¹ Nem tagadható tehát, hogy a fenti okok miatt éppen a nemzetiszocialista jogtudomány adott lehetőséget azon elméleti próbálkozásoknak, amelyek a *Sollen* és a *Sein* szigorú elválasztásának meghaladására törekedtek. A jog immár nem volt szembeállítva a léttel, hanem abból, annak megfelelően lett meghatározva. A nemzetiszocialista időszakot e tekintetben – ahogy Schütte írja – „a közigazgatás valósága iránti fokozott figyelem” jellemezte.³⁷²

A nemzetiszocialista jogtudomány Forsthoff számára is megfelelő keret lehetett, hogy a közigazgatási jog elméletét egy valóságcentrikus ténykedés jogi kereteként foghassa fel. A *Daseinsvorsorge* a rendmegtartó (*ordnungserhaltend*) mellett egy másik, a szolgáltató közigazgatási feladat (*leistende Verwaltungstaetigkeit*) fogalmi, jogdogmatikai meghatározása is lett ezért. Scheidemann odáig meg a forsthoffi fogalom elemzésekor, hogy egyenesen úgy véli, e fogalom megszületésére és megvalósulására eleve csak egy autoriter államban kerülhetett és kerülhet sor.³⁷³ A *Daseinsvorsorge* ugyanis nem más, mint az állami legitimitás – és így az állami hatalom – megerősítésének a lehetősége. A *Daseinsvorsorge* újra legitimálni képes az államot, és a társadalmat egyetlen egységes (szolidáris) közösséggé formálja. A *Daseinsvorsorge* ugyanis nem csak a tömegek anyagi ellátását (*Versorgung*), de egyben az immateriális létbiztosítást (*Daseinssicherung*) is nyújtja a rendszabályozás (*Daseinsdisziplinierung*) révén. Erre pedig a demokratikus intézményiség eltörlése vagy csekélyebb súlya több, közvetlenebb lehetőséget biztosíthat.

³⁶⁹ Larenz 1934, 19.

³⁷⁰ Larenz 1938, 27skk.

³⁷¹ Stolleis 1984, 155. et passim.

³⁷² Schütte 2006, 77. et passim.

³⁷³ Scheidemann 1991, 242.

IV. 3. 3. Szolgáltató és beavatkozó közigazgatás

IV. 3. 3. 1. Szolgáltató közigazgatás

Az emberi lét csak egy meghatározott rend keretei között tud kibontakozni, így ennek védelme és fenntartása az emberi lét biztosítása. A közigazgatás korábban nem irányult azonban arra, hogy e (lét)rendet fenntartsa, és így a lét kibontakozásának feltételeit biztosítsa. Az állam pusztán azért volt legitim – tehát Max Weber meghatározását követve: elfogadott –, mert biztonságot nyújtott az embereknek. Az emberek azért fogadták el az államot, mert biztosította a rendet, de a társadalmi szférában mindenki ki volt téve a (gazdasági, társadalmi) erők szabad játékának. Forsthoff írja ennek kapcsán, hogy

„az a jogrend, amelynek elvi szinten a szabad jogügyleteket lehetővé tevő privátautonómia az alapja, ezen privátautonómia hordozóira rakja mindenek kockázatait is. Úgy feltételezi róla, hogy megfelelően jár majd el a privátautonómiajával, és éppen ezért megterhelhető a kockázatokkal.”³⁷⁴

Azonban az uralt élettérnek fentebb ábrázolt szükülése miatt nem elvárható az egyéntől, hogy minden kockázatokat, amelyek az effektív élettér kiterjesztéséből adódnak, egyedül magára vállalja. Már a 19. században megállapította Lorenz von Stein, hogy „az egyén nem képes önerőből meghatározni önmagát”, és éppen ezért úgy vélte, hogy az egyén érdekében gazdasági feladatok is hárulnak az államra, így nem lehet a privátautonómia biztosítására szükíteni (negatív szabadság) az állam feladatát.³⁷⁵ Stein eme állami feladatot népgazdaság-gondoskodásnak (*Volkswirtschaftspflege*) nevezte, és sok tekintetben azt fejezte ki, amit Forsthoff *Daseinsvorsorge* fogalma. Azaz a *Daseinsvorsorge* – nem rendteremtő,³⁷⁶ hanem gondoskodó értelemben – így válhat új állami (közigazgatási) feladattá. Ennek értelmében – ahogy Forsthoff írja – „a régi stílusú »beavatkozó közigazgatás« mellé a modern *Daseinsvorsorge* szolgáltató közigazgatása lépett”.³⁷⁷

E két területből – beavatkozó és szolgáltató – áll össze a modern állami közigazgatás, de a szolgáltató közigazgatás nem csak az anyag nagysága miatt, de államlegitimációs okból is meghaladja a beavatkozó (rendfenntartó) közigazgatás jelentőségét. Az állam ugyanis egyre inkább nem a rend passzív biztosításával, hanem azon aktív szolgáltatásokkal legitimálja önmagát, amelyeket a polgárok igénybe vesznek, és amelyek nélkül a polgárok nem is

³⁷⁴ Forsthoff 1938, 39.

³⁷⁵ Vö. Stein 2010, 123sk.

³⁷⁶ Forsthoff 1959a, 13.

³⁷⁷ Forsthoff 1968a, 172.

tudnának létezni. Jens Kersten az elemzésében egyenesen odáig megy, hogy a *Daseinsvorsorge* kapcsán a schmitti értelemben vett „politikai“ (*das Politische*) konstruálásáról beszél – tehát, hogy a *Daseinsvorsorge* lenne a „politikai“ fő megjelenési területe –: „A *Daseinsvorsorge* iránti biztonságigény hozza létre a politikai közösséget.”³⁷⁸ Tény, hogy a modern állam éppen a *Daseinsvorsorge* okán várhat el elfogadást és engedelmességet a polgárok részéről, és így a rendvédelmi, rendfenntartó hatalom csupán az önfenntartás egyik, rendkívüli esetekben legitimáló eszköze lett. Az állam immáron nem a rendfenntartó hatalma, hanem a *Daseinsvorsorge* révén legitimálja magát: a polgár léte ugyanis a gondoskodó (szolgáltató) közigazgatás szolgáltatásaitól függ.³⁷⁹ Mindezt talán úgy lehet szemléletesen kifejezni, hogy az állam immáron nem (csupán) a rendőrsége, hanem inkább mondjuk a vízellátás és hasonlók révén legitimálja magát. Forsthoff ekként különbözteti meg a közigazgatás két ágát:

„Megkülönböztetjük a beavatkozó közigazgatást a szolgáltató közigazgatástól, és ezzel valójában két eltérő struktúrájú részre szakítjuk a közigazgatási jogot. A rendvédelmi jog [Polizeirecht], ami egykor a közigazgatási jogszolgáltatás lényegét adta, mennyiségileg és minőségileg mellékes jelenséggé vált.”³⁸⁰

Miben különbözik e két közigazgatási jogi terület? A klasszikus államelmélet értelmében az állam és a társadalom két szembeállított entitás. Az állam ugyan a társadalom fölé emelkedik, de nem avatkozik be a társadalom (főleg gazdasági) folyamataiba, hanem szabadon hagyja őket – pusztán rendfenntartó közigazgatása révén biztosítja azon kereteket, amelyek között a társadalomban az erők szabad játéka dominálhat. A beavatkozó közigazgatás koncepciója tehát feltételezi az állam és a társadalom különválasztását, az állammentes társadalmat: a társadalom önmagát szervezi meg, és az állam legfeljebb csak akkor vesz ebben részt, (1) ha a saját érdekeit akarja érvényesíteni, vagy (2) ha a társadalmi rend és nyugalom, amely a zavartalan gázdálkodás (azaz a polgári társadalom) alapja, védelemre, megerősítésre szorul. Ez utóbbi feladat a beavatkozó közigazgatásé, amelynek már a neve is mutatja, hogy az állam és a társadalom elvi különválasztásából indul ki, ugyanis az állam csak meghatározott (általában rendkívüli) esetekben jogosult a társadalom folyamataiba beavatkozni. A liberális jogállamban a közigazgatás elsősorban „az állam tevékenysége saját céljainak kielégítésére”.³⁸¹ Nemcsak a társadalom volt állammentes, de az állam is társadalommentes, amennyiben is saját céljait követte, a társadalomban pedig hagyta a gazdaság szabadságát

³⁷⁸ Kersten 2005, 553.

³⁷⁹ Forsthoff 1970, 147.

³⁸⁰ Forsthoff 1964a, 134.

³⁸¹ Mayer 2004, 1.

érvényesülni. A közigazgatás így ekkoriban állami feladat volt, s nem annyira a társadalom, mint inkább maga az állam érdekére irányult. A „beavatkozás” szó is – a két szféra különválasztottságán túl – ezt fejezi ki. A liberális jogállam polgára élvezte a negatív szabadságot. Szabadságát éppen az garantálta, hogy az állam távol tartotta magát a társadalomtól. A rendfenntartásra a biztonság miatt volt szükség, egyébként a társadalom önmagára volt utalva. A polgárok jogi helyzete annyit jelentett, hogy valamennyien azonos elbánásra tarthattak igényt az állam részéről (törvény előtti egyenlőség), az állam azonban nem törekedett tényleges egyenlőségre vagy a létfenntartásra. Az államot a törvény előtti egyenlőség, a társadalmat a gazdasági egyenlőtlenség elve határozta meg. E koncepció azonban nem tud megfelelni azon modern, technikai, elidegenedett világ elvárásainak, amelynek megjelenését Forsthoff a két élettér megkülönböztetésével fejezte ki.

A közigazgatás feladata mindenkor a konkrét körülményekből határozandó meg, így reagálnia kell a társadalmi változásokra: „Az állam történetének minden korszaka a közigazgatás új fogalmát hozza elő”.³⁸² A liberális-pozitivista jogállamiság korszaka Forsthoff szerint lejárt, és egy demokratikus tömegtársadalomban az állam nem elégedhet meg annyival, hogy csak rendfenntartás esetén avatkozik be a társadalmi folyamatokba. Ahhoz, hogy egy demokratikus tömegtársadalomban is biztosított legyen a biztonság, a létezés, az államnak intenzívebben és rendszeresen kell a társadalmi életben résztvennie. A demokratikus tömegtársadalom működése és fennmaradása függ ettől, ennek révén az állam egyre szociálisabb, a társadalom meg az államtól egyre függőbb lesz. Az az éles határ, amely a liberális jogállamiság szerint az állam és a polgári társadalom között húzódik, elmosódik ebben az esetben. A társadalom zavartalan működése, az egyén létfenntartása több állami beavatkozást igényel, amelyek így immáron nem rendkívüliek, hanem rendszeresítettek. Az állam és a társadalom nincs immár szembeállítva egymással, éppen ezért nem állami „beavatkozásokról”, hanem állami „szolgáltatásokról” beszélhetünk. Az állami szolgáltatás fogalma kifejezi, hogy az állam immár nem a társadalom ellenpólusa, hanem maga is a társadalmi-gazdasági folyamatok résztvevője:

„Relatív kis területen összejött nagy embertömeg és az embernek ezzel szükségszerűen összefüggő elválasztása a javaktól olyan létfenntartási szükségletet hívott elő, amelyet a közigazgatás csak saját szolgáltatások nyújtásával tudott kielégíteni.”³⁸³

³⁸² Forsthoff 1966, 18.

³⁸³ Forsthoff 1966, 35.

E szolgáltatások nyújtására a klasszikus liberális jogállam eszközei és intézményei – így akár a pozitív jog – nem alkalmasak, és ezért az állam belép a társadalom, a gazdaság szférájába: az állam a közjónak elkötelezetten olyan jogintézményeket és jogeszközöket használ fel, amelyek korábban a polgári társadalom autonóm résztvevői számára voltak csak fenntartva. A szolgáltató közigazgatás révén a közigazgatás tehát társadalomalakító faktorrá lesz. Maga a szolgáltatás is a magánjoggból kölcsönzött kifejezés. A szolgáltató közigazgatás lényege a feladata felől határozandó meg.

IV. 3. 3. 2. A közigazgatás mint állami valóság

A szolgáltató közigazgatás a modern tömegtársadalomban is biztosítja az állam legitimitását, elfogadottságát. Ennek révén – az államlegitimációs kérdésekben – immáron nem is az alkotmány – mint absztrakt szabály –, hanem a közigazgatás – mint állami valóság – játssza a központi szerepet: a közigazgatás legitimálja, tartja fenn és stabilizálja az államot. Így válik – Forsthoff kifejezésével élve – a közigazgatás „az állam arcává”.³⁸⁴ Forsthoff ezért, noha maga is államjogásznak tekinthető, a közigazgatás kérdései felé fordult, modván, ott játszódik le az állam valósága: „Mai világunk alkotmányjogi problémái valójában közigazgatási problémák.”³⁸⁵

³⁸⁴ Forsthoff 1935a, 331.

³⁸⁵ Forsthoff 1964a, 131.

IV. 4. Daseinsvorsorge mint állami legitimáció

IV. 4. 1. Az uralkodó államtól a szolgáltató államig

Az egyén számára az effektív élettér csak akkor nyitott, ha a saját, önerőből immáron nem uralni tudott élettere államilag védett, biztosított. Ez a *Daseinsvorsorge* feladata, amely így – mint a liberális jogállam esetében a beavatkozó, rendfenntartó közigazgatás – állam-megtartó erővel rendelkezik.³⁸⁶ A *Daseinsvorsorge* ezért nem csupán egy közigazgatási jogi fogalom, amely új közigazgatási feladatokat fogalmiasít, hanem állam-legitimációs ok is egyben.³⁸⁷ Az állam ugyanis ezen új közigazgatási feladat révén válik szükségessé ismét az egyén számára: „A *Daseinsvorsorge* nem csupán a közigazgatás elsődleges feladata és kötelessége (...), de elsősorban az állam felhatalmazása a gyenge, függő modern ember felett.”³⁸⁸ A technikailag fejlett, demokratikus tömegtársadalmiság korában, amikor egyre több embernek az uralt élettere nem elegendő önmaga ellátására, az állam feladata Forsthoff szerint „a politikai létbiztosítás”,³⁸⁹ és ezért hangsúlyozta maga is, hogy „[a] *Daseinsvorsorge* minden kérdése (...) szükségszerűen mindenig elsőrangú politikai kérdés is.”³⁹⁰ Az állam ezáltal újabb feladatokat nyer, felelőssége a társadalomért is totalizálódik. A totális állam tehát „a totális felelősség állama” Forsthoff számára.³⁹¹

A *totális felelősség* – mint az állam új legitimációs indoka – feltételezi az egyének *totális kiszolgáltatottságát*. Az egyén immár önerőből, az uralt életterére támaszkodva nem képes megvédeni és fenntartani magát – ennyiben helyzete a természetes állapot szabadságáéhoz hasonlatos –, így olyan autoritásra van szüksége, amely biztosítja (1) a létét az uralt életterén túl, (2) valamint az effektív élettérhez való hozzáférést. A szolgáltató állam végső soron nagyobb hatalomra tesz szert az egyén felett, mint a korábbi uralkodó állam.³⁹² Ahogy Forsthoff lakonikusan megállapítja: „az ember nem csak az államban él, de az állam révén is.”³⁹³ Az állam társadalmi beavatkozásai nem időlegesek, nem rendkívüli uralmi eszközök – mint a beavatkozó, rendfenntartó közigazgatás esetében –, hanem rendszerességgé állnak

³⁸⁶ Meinel 2007, 788.

³⁸⁷ Scheidemann 1991, 10.

³⁸⁸ Meinel 2007, 792. (kiemelés eredetiben)

³⁸⁹ Forsthoff 1938, 6.

³⁹⁰ Forsthoff 1938, 13.

³⁹¹ Forsthoff 1933, 42.

³⁹² Forsthoff 1938, 8. et passim.

³⁹³ Forsthoff 1968, 149.

össze: „Az egyén állammal való érintkezése nem egyedi aktusokban nyilvánul meg. (...) *Állandó állapot*” – vonja le Forsthoff a következtetést.³⁹⁴

IV. 4. 2. A demokratikus tömegtársadalom legitimációja

A társadalom a modern társadalmiság korában az államon keresztül valósítja meg a céljait. Az állam ugyan jelentős hatalmat nyer ennek révén a társadalom felett, de ez a hatalom annyiban „üres”, hogy tartalmát nem a társadalomtól független állam, hanem a társadalom maga határozza meg. Az állami hatalom megnövekszik – de immáron nem az állam érdekében, hanem az állam különféle társadalmi csoportok eszközévé lesz. Carl Schmitt ezt „gyengeségből totális államnak” vagy „mennyiségi totalitásnak” nevezte.

IV. 4. 2. 1. Az állami kérdések dezideologizációja

Forsthoff szerint a *Daseinvorsorge* miatt az állam és az egyén kapcsolatát leginkább az egyén gyakorlati helyzete és igényei határozzák meg:

„[A polgár] az államhoz való viszonyában kevésbé alapelvek és ideológiák szerint orientálódik; elsősorban nem konzervatív, liberális vagy szocialista, hanem mezőgazdasz, importőr, nyugdíjas, nagykereskedő, munkás, háztulajdonos, gyümölcskereskedő stb.”³⁹⁵

Az állam tehát immáron nem egy eszme magasabb rendű – társadalom feletti – megvalósulása, objektivációja – mint Hegelnél –, hanem az állam egyre inkább a különféle, a demokratikus eljárásokban megjelenő csoportok, osztályok és az ő képviselőik, pártjaik, szakszervezeteik érdekeit szolgálja. Forsthoff szerint ez oda vezetett, hogy „a modern választó nagyobb mértékben, mint korábban, a saját érdekei szerint orientálódik”.³⁹⁶ Ennek révén azonban – és ezt a korai etatista Forsthoff sajnálkozva állapítja meg – elvész az állam önállósága, önértéke, számára ugyanis „az igazi államiság a társadalmi érdekkonfliktusok felett áll”,³⁹⁷ és nem az egyéni / társadalmi érdekeket szolgálja.

Az, hogy az állam immáron nem eszmei tartalomként jelenik meg, stabilizálja a hatalmat. Ahogy Forsthoff – immáron az ipari társadalmak vonatkozásában – megállapította:

³⁹⁴ Forsthoff 1966, 71. (kiemelés tölem – TP)

³⁹⁵ Forsthoff 1968, 153.

³⁹⁶ Forsthoff 1971, 91. (kiemelés tölem – TP)

³⁹⁷ Forsthoff 1968, 159.

„[A politikai ideológiákat] sokkal inkább alá kell rendelni az államilag összetartott szolgáltató rendszerek elsődleges működési céljának. Ekként újfajta stabilitás jön létre, amely a rendőrség megszokott hatalmi eszközét sem igényi”.³⁹⁸

Egy szolgáltató államban senki sem lesz érdekelt például az állam megdöntésében, mert a forradalom nem csak a hatalmat, de vele együtt a létfenntartó szolgáltatásokat is elsöpörné. Ahogy Forsthoff megállapítja: „A modern szociális állam a történelemben az első [olyan állam], amelynek fennmaradása és működése minden egyén személyes, nyilvánvaló érdekében áll.”³⁹⁹

IV. 4. 2. 2. Totalitás gyengeségből

A polgárainak létéről gondoskodó állam *mennyiségileg* egyre nagyobb lesz – azaz *mennyiségileg totalizálódik* –, miközben immáron nem önmagáért, hanem különféle társadalmi aktorok hatalmi eszközöként létezik. A társadalom határozza meg az államot, de ez mennyiségileg az állami hatalom növekedésével jár. A pártok, a szakszervezetek, a különféle szövetségek lesznek egyre jelentősebbek, és az államot saját érdekeikre használják fel: ez mennyiségileg növeli, *minőségileg viszont gyengíti* az állami hatalmat.⁴⁰⁰ minden társadalmi ügy – ahogy Schmitt kritikusan állapítja meg – ennek révén potenciálisan állami ügy is lesz egyszerre.⁴⁰¹ Schmitt ezt az államot nevezi „gyengeségből totális államnak”, amely „a pártok és a szervezett érdekek ostromának” nem tud ellenállni,⁴⁰² azaz nem önmagában és nem önmagáért áll fenn.

Forsthoff ugyan bírálta eme államot, de az állam társadalmiasulásához maga is hozzájárult, amennyiben is a közigazgatást nem az állam saját céljait megvalósító ténykedésként, hanem társadalmi szolgáltatásként határozta meg. A Daseinsvorsorge ugyanis maga is sok tekintetben egy mennyiségileg totális államhoz vezet: az újszerű közigazgatás totalizálja az állam hatalmát – elvégre senki se tudja és akarja magát az állam hatalma alól kivonni (mert az állami hatalom fennmaradása és tevékenysége társadalmi érdek). Forsthoff mindezt annyiban próbálta meg mérsékelni – vagy elméletileg megakadályozni –, hogy tagadta a szociális államiságnak – a jogállamisághoz hasonló – alkotmányos rangját.⁴⁰³

³⁹⁸ Forsthoff 1971a, 159.

³⁹⁹ Forsthoff 1970, 147.

⁴⁰⁰ A weimari alkotmány kapcsán utólagosan, kritikusan állapítja meg Forsthoff 1971, 17skk.

⁴⁰¹ Schmitt 1988, 151sk.

⁴⁰² Schmitt 1958c, 360skk. (Idézet: 362.)

⁴⁰³ Vö. Forsthoff 1968a, 178skk.

IV. 4. 3. A totális Daseinsvorsorge

Ernst Forsthoff – noha hozzájárult az állam társadalmiasulásához – elméleteiben egyfajta „kripto-hegelianizmus” figyelhető meg.⁴⁰⁴ A Schmitt-tanítvány Forsthoff⁴⁰⁵ az államot ideálisan a társadalom felett álló, a társadalmi aktoroktól független és lényege szerint szellemi objektivációnak tartotta, amelynek elsődleges feladata nem a polgárok céljait megvalósítani, hanem a társadalommal szemben saját autoritását és méltóságát fenntartani. E *minőségi totalitás* nem sokszorozza meg a társadalomba való állami beavatkozásokat: egy minőségileg totális állam hagyja a társadalom szabad erőit – Hermann Heller szerint éppen ebben áll a fasiszta állam lényege, amitől ezért autoriter liberalizmusnak nevezett⁴⁰⁶ –, azért, hogy saját erejét és méltóságát tudja a társadalom egészével szembehelyezni.

Ez az állam képes lenne – ahogy a fasiszta jogtudós Pannunzio írja – „a szociális csoportokkal szemben fellépni és a szakszervezeti konfliktusokon urrá lenni”.⁴⁰⁷ A fasiszta állam a társadalmi pluralizmussal szemben fogalmazódik meg, és – ellentében a mennyiségileg totális állammal – nem válik a társadalmi pluralizmus jelentette társadalmi érdekek eszközévé, ami gyakorlatilag a társadalmi demokrácia kiiktatásával jár együtt.⁴⁰⁸ Ezen állam totalitása nem a gazdasági szféra állami meghódítása,⁴⁰⁹ még kevésbé a különféle társadalmi rész-érdekek, rész-igények kielégítése, hanem az állam megerősítése éppen ezen rész-érdekekkel szemben. A (minőségileg) totális államnak képesnek kell lennie politikai döntést hoznia – schmitti értelemben tehát barát és ellenség között különbséget tennie. A minőségi totalitás schmitti lényege nem abban áll, hogy ledölnek az állam és a társadalom közötti falak, hanem abban, hogy az állam az állami egységet és társadalomfelettiséget veszélyeztető erőket kizára, azaz gyakorlatilag a plurális társadalmat felszámolja. A társadalom az államnak alárendelt, és a társadalmon belül egység, homogenitás áll fenn. Erwin von Beckarth ezen minőségi totalitás értelmében tekintette „tipikus gondoskodó államnak” a „fascista” államot.⁴¹⁰

⁴⁰⁴ Euchner 1974, 181.

⁴⁰⁵ Forsthoff egyetemistaként Carl Schmitt egyik óráján – amely a vadászati jogról szólt – kedvelte meg a jogászi szakmát. (Quaritsch 1974, 2120.) Azonban Forsthoff nem vált Schmitt tanítványává, abban az értelemben, hogy elméleteit a schmitti elméletek továbbgondolásaként értékelhetnénk. (Scheidemann 1991, 115skk.).

⁴⁰⁶ Heller 1971, 652.

⁴⁰⁷ Panunzio 1934, 23skk.

⁴⁰⁸ Heller 1971, 650skk.

⁴⁰⁹ A mennyiségileg totális állam célja, hogy az egészséges, azaz a társadalmi részérdekektől függetlenül működő gazdaság szabadságát biztosítja. (Schmitt 1995, 81.) A mennyiségileg totális állam a gazdaságot védelmezi a társadalom érdekkérvényesítő szervezetekkel (pártokkal szakszervezetekkel) szemben, és ennek értelmében gyakorlatilag egy neoliberális agendát követ. (Kervégan 2005, 88skk.).

⁴¹⁰ Beckerath 1927, 151.

Forsthoff később elfordult a totális állam elméletétől, a második világháború utáni írásaiban már a közigazgatás demokratizálását, a részvétel fontosságát hangsúlyozta, és elismerte az ipari társadalmak államstabilizációs hatalmát: E társadalmak ugyan nem képesek egységes társadalmat teremteni, de erejük és önállóságuk okán az államra csak kiegészítő feladat hárul (azaz elkerülhető a mennyiségi totalitás).

IV. 5. Államlegitimáció az ipari társadalom korában

Miközben Forsthoff az alkotmányjogban elvetette a mennyiségileg totális államot, amely tehát túl sok társadalmi feladatot vállal fel és ezért a különféle társadalmi erők játékszerévé válik, a közigazgatási jog területén nagyon is nyitott volt új, dinamikus megoldások, eszközök felé.⁴¹¹ Ez leginkább azzal magyarázható, hogy ugyan az államot meg akarta őrizni társadalom feletti entitásként – és ezért elvetette a jogállamiság szociális államiságba való továbbgondolását –, de közben mint „érzékeny jogász” – ahogy Peter Häberle jellemzte őt⁴¹² – reagált a változó társadalmi környezetre, amennyiben is ahoz próbálta meg alakítani a közigazgatási jogot.

A második világháború utáni társadalmi és gazdasági stabilitás során a konzervatív államelmélet is „megengedhette magának”, hogy az államiságot a normalitás felől definiálja – ellentétben Carl Schmitt-tel, akinél a rendkívüli helyzet és annak meg- és feloldása adta az államelmélet központi jelenségét –, de ezen normalitás stabilitását nem az alkotmányjog, hanem a gyakorlatibb kérdésekre közvetlenül válaszoló közigazgatási jog felől közelítette meg és írta le.⁴¹³

IV. 5. 1. A szociális államiság ellenében

A német Grundgesetz a Német Szövetségi Köztársaságot „demokratikus és szociális szövetségi államként” határozza meg (Art. 20 GG), és a szociális jogállamiság iránt valamennyi szövetségi tagállamnak el kell magát a saját alkotmányában kötelezni (Art. 28 Abs. 1 GG). A német Alaptörvény tehát a jog- és szociális államiság két fogalmát összeköti, noha e két fogalom eltérő történelmi kontextusban született, és eltérő célokat hordoz.⁴¹⁴ A jogállamiság lényege az azonos szabadság (törvény előtti egyenlőség): az egyén és a társadalom szabadságát az állam éppen azáltal biztosítja, hogy – bizonyos működési kereteket ugyan megszabva – lényegileg távol tartja magát mind az egyén, mind a társadalom életétől; ezzel szemben a szociális (vagy jóléti) államiság céljai – amelyek a *Daseinsvorsorge*

⁴¹¹ Häberle 2002, 5.

⁴¹² Häberle 2002, 5.

⁴¹³ Minderről Saage 1983, 15skk. et passim.

⁴¹⁴ Huber 1962, 11skk.

fogalmában is megjelennek – csak állami beavatkozással valósíthatóak meg.⁴¹⁵ Ezen az alapon – azaz a két jelenség eltérő céljai és eszközei miatt – vetette el Forsthoff a német Alaptörvényben alkotmányos célként meghatározott szociális jogállamiság lehetőségét.⁴¹⁶ Tagadta tehát annak lehetőségét, hogy egy állam egyszerre lehessen jogállami és szociális. Forsthoff elméleti igyekezete arra irányult, hogy a jog- és szociális államiság egyidejűségének és azonos értékűségének cífolatával elválassza egymástól az állam alkotmányos és közigazgatási cselekvési szintjeit. A jogállamiság az alkotmányjog területe, annak alapelve, míg a szociális államiság legfeljebb egy közigazgatási cél lehet, azaz nem alkotmányos alapelve, hanem a közigazgatás egyik lehetséges feladata, ugyanis – ahogy Forsthoff írja – „egy alkotmány nem lehet szociális törvény”.⁴¹⁷ Forsthoff tehát nem dobja ki a szociális államiságot, csupán rámutat arra, hogy alkotmányos alapelvként való megfogalmazása veszélyeket (az állam mennyiségi totalizálását) és így a jogállam lebontását eredményezheti. Alkotmányos rendezőelvként így csak a jogállamiságot tartja meg, mert szerinte az biztosítja az állam társadalomfelettiségét is. Mindez azonban nem jelenti azt, hogy egy gazdaságilag felfelé ívelő, sokféle társadalmi érdeket előhozó modern ipari társadalomban ne lenne az állam gyakorlati feladata a szociális biztonság, a minimális megélhetés, a társadalmi érdekek közötti kiegyensúlyozás biztosítása. Milyen problémákat vehetünk azonban észre e forsthoffi szétválasztáson, és miként magyarázhatóak ezek?

IV. 5. 1. 1. A forsthoffi jogállam-fogalom problémái

Forsthoff már az 1930-as években azzal a céllal vezette be a közhogba a *Daseinsvorsorge* fogalmát, hogy azáltal egy olyan új közigazgatási jogi szemlélet honosítson meg, amely az egyének valós problémái felé fordul. E koncepcióját a megmerezettséget pozitivista közigazgatási jog ellenében dolgozta ki. Éppen ezért felettesebb meglepő, hogy miközben a közigazgatási jog területén a pozitivizmust meghaladni kívánta, az alkotmányjogban hű maradt a pozitivizmushoz. Míg a közigazgatási jogot „kinyította” a metajurisztikus problémák és jelenségek előtt, addig az alkotmányjog területén arra törekedett, hogy a jogállamiság klasszikus, liberális, pozitivista, minimalista koncepcióját megővja a társadalmi behatásoktól, a metajurisztikus tendenciáktól. Ezen okból utasította el Forsthoff azon alkotmánybíráskodási modellt, amely külsőleges (valamely politikai filozófiától kölcsönzött) értékeket egy zárt

⁴¹⁵ Huber 1962, 21.

⁴¹⁶ Forsthoff 1968a, 178sk.

⁴¹⁷ Forsthoff 1968a, 180.

érték-logikai rendszerben „kényszerítene” a jogrendszer egészére.⁴¹⁸ A jogalkalmazás metodológiai fellazítását is bírálta, mert e téren is hű maradt a pozitivista jog(alkalmazás)-modellhez.⁴¹⁹ Önmagában azonban a *Daseinsvorsorge* fogalma és feladata is elhelyezhetetlen az állami feladatok között, ha nem nyitjuk fel a pozitivista jogállam-fogalmat. Forsthoff maga is beisméri egy helyütt, hogy „az állam teljesítménye a *Daseinsvorsorge* területén [...] a modern államot szükségszerűen szociális állammá teszi”.⁴²⁰

Forsthoff azonban elméleti munkásságában úgy tesz, mintha nem lenne közös alkotmányjogi pont a jog- és a szociális államiság között. Ernst Rudolf Huber ezzel szemben a különbséget nem lényeginek, hanem időbeliek tartja, ugyanis a két állam-koncepció eltérő társadalmi modelleknek felel meg: a jogállam a polgári társadalom állam-modellje, a szociális állam pedig az ipari tömegtársadalomé.⁴²¹ Szükséges tehát, hogy a társadalmi változások az alkotmányjog szintjén is megjelenjenek,⁴²² és ezért lehetett szükséges, hogy a német Alaptörvény egyszerre emeli minden két állam-modellt közös alkotmányjogi alapelvvé. A szociális jogállamiság – a szociális jelző beemelésével – éppen azon társadalmi integrációt szolgálja,⁴²³ amit Ernst Forsthoff még egykoron a totális állam-modelljével is megvalósítani akart. Ennek értelmében Forsthoff nem veszi észre, hogy a szociális államiság és a jogállamiság egymást kiegészítve lehetne egy modern ipari tömegtársadalom alkotmányos alapelvévé. A szociális tartalom nélküli jogállam legalista formalizmust eredményezne csak, míg egy jogállami fékek és ellensúlyok nélküli szociális állam kollektivista állammá fajulna. A jogállam materiális magja adja a szociális államiságot.⁴²⁴

IV. 5. 1. 2. A szociális államiság elutasítása az alkotmányos szinten

A szociális államiságot azért bírálta Forsthoff, mert abban a társadalom eszközét látja arra, hogy hatalmába kerítse az államot; az igazságszolgáltatási államot, főleg az alkotmánybíráskodást pedig azért vetette el, mert úgy véli, a bírói hatalom olyan külsődleges korlátot jelent, ami korlátozná az állami szuverenitást. Mindkét esetben tehát az államot mint önálló, társadalomfeletti, szuverén egységet védelmezi. Az alkotmánybíráskodás modelljében egész egyértelműen azt vitatja, hogy az a politikai problémákat jogiasítja, és így azok megoldása immáron nem az állami szuverén akarat döntése lenne – ahogy azt Carl Schmitt

⁴¹⁸ Vö. Forsthoff 1964b, 182.

⁴¹⁹ Vö. Forsthoff 1959b, 41., 55. et passim; Forsthoff 1964b, 183., Forsthoff 1971, 68.

⁴²⁰ Forsthoff 1968, 148.

⁴²¹ Huber 1962, 11ff.

⁴²² Huber 1962, 23.

⁴²³ Huber 1962, 13.

⁴²⁴ Bachof 1954, 39. et passim.

gondolja⁴²⁵ –, hanem az állami akarat korlátja. Különösen azon alkotmányos értékeket vetette el Forsthoff, amelyeket az alkotmánybíróságok – mintegy az állami akarattal szemben – kényszerítének ki. Amikor Forsthoff az alkotmány alkotmánybíráskodás általi vélt ideologizálása ellen polemizált – azt állítva, hogy ennek révén mindenki számára nyitottá válnak az alkotmányos viták⁴²⁶ –, az állam eltársadalmiasítása (Vergesellschaftung) elleni küzdelmét folytatta.

Ulrich Storost azonban más nézőpontból értelmezi a (jogállam-centrikus) alkotmány és a (szociálisállam-centrikus) közigazgatás éles megkülönböztetését, amely Forsthoffnál valóban a jogállamiság és a szociális államiság szembe állításában csúcsosodik ki. Storost szerint Forsthoff nem arra törekszik, hogy az állam totalitását és önállóságát a szociális államiságtól leválasztott jogállamiságba gondolja tovább – amint a fenti kritika feltételezte –, hanem éppen ellenkezőleg: Forsthoff azért hangsúlyozza a két állam-koncepció különállását, hogy a szociális kérdésekkel foglalkozó, dinamikus közigazgatás (ekként a szociális államiság megnyilvánulása) ne csúszhasson át egy erős, cselekvő, jogállamilag nem kötött államiságba.⁴²⁷ Forsthoff eszerint a jogállamiság révén akarná korlátozni a szociális államiságot, ami különben totális állammá fajulhatna.

IV. 5. 2. Társadalmi Daseinsvorsorge mint állam nélküli rend

A Daseinsvorsorge közigazgatási feladata igen jelentős hatalmat biztosít az államnak a polgárai felett, ami visszaéléséhez is vezethet.⁴²⁸ Ezért fordult el később Forsthoff maga is saját kezdeti koncepciójától, a (minőségileg) totális államtól, és szorgalmazta a Daseinsvorsorge demokratizálódását, sőt társadalmiasítását, ugyanis ezektől remélte elkerülhetni a mennyiségileg totális állam kialakulhatóságát.

IV. 5. 2. 1. A Daseinsvorsorge demokratizálódása

Forsthoff tehát maga is felismerte, milyen veszélyeket – főleg az állam mennyiségi totalizálódásának veszélyeit – rejthat magában az állami Daseinsvorsorge. Amint fentebb írtuk, a Daseinsvorsorge alapélménye, ami aztán a közigazgatási jog megújításának célját is

⁴²⁵ Schmitt 2004, 13.

⁴²⁶ Forsthoff 1971a, 68sk.

⁴²⁷ Storost 1984, 187sk.

⁴²⁸ Forsthoff 1958, 9.

kifejezte, éppen a polgár elidegenedése, az uralt élettér csökkenése. Ezt azonban nem az állami hatalom növelésével, kiterjesztésével lehet orvosolni. Ha ugyanis az egyén léte egy hatalmas államtól és annak szolgáltatásaitól függ, tovább fokozódik az elidegenedése, egyben egyéni felelősségérzete is csökkeni fog. Forsthoff ezért javasolta, hogy ne állami, hanem kommunális feladat legyen a *Daseinsvorsorge*. A kommunális *Daseinsvorsorge* egyben a közigazgatási feladatok demokratizálódását is eredményezi: „Minél közelebb áll a polgár a közfeladathoz, annál nagyobb a lehetőség arra, hogy a polgár annak megvalósításában részt vállalhasson, és így az elidegenedést feloldhassa.”⁴²⁹

IV. 5. 2. 2. A Daseinsvorsorge társadalmasítása

Forsthoff utolsó nagy műve, amiben számot vet a második világháború vége óta végbement változásokkal, az ipari társadalom államát tárgyalja. E könyvben (1) összefoglalja az állam- és közigazgatási jogi elméleteit, és (2) megbékél a *Daseinsvorsorge* társadalmasításával, ami a német gazdasági csoda és az azzal együtt erősödő politikai normalizáció jele. Ez egy jelentős fordulat a forsthoffi életműben – de a német államtan számára is. A weimari időkben az államjogi érdeklődés – főleg a konzervatív államjogászok részéről – a kivételes helyzet kérdéseire irányult, mert az állam folyamatosan ki volt téve annak, így fontos, gyakorlati jelentőséggel bírt a kivételes helyzetek elemzése és megoldása. Éppen ezért az államiság egészét a kivételes helyzet felől ragadták meg. A politikai – azaz minőségileg totális – állam, amely képes barát és ellenség között különbséget tenni, vagy a forsthoffi totális állam, amely a társadalmat az állam alá rendeli, a permanens kivételes állapotból kivezető megoldási javaslatok voltak. A stabilitást tehát a kor államjogászai a kivételes állapot *eldöntéseként* képzelték el.

A második világháború után viszont olyan időszak kezdődött, amikor a (német) állam – nem csupán a weimari hibákat elkerülő Grundgesetz, de még inkább a gazdasági csoda következményeként – stabilizálóni tudott. Már 1959-ben ezért Forsthoff felismerte, hogy az államra csak „kiegészítő feladat” hárul a társadalom stabilizálása tekintetében.⁴³⁰ Ennek okán persze hiányzott a német állam társadalom-feletti önállósága, mert stabilitása „az ipari társadalomtól kölcsönzött” volt.⁴³¹ Ez azonban végső soron ugyanahhoz a stabilitáshoz vezetett, amit a weimari alkotmánytan még egy erős államtól remélt elérhetni. Az hogy az

⁴²⁹ Forsthoff 1958, 21skk.

⁴³⁰ Forsthoff 1959a, 21.

⁴³¹ Forsthoff 1971, 54skk.

ipari társadalom nem akar, de nem is tud állami autoritást teremteni,⁴³² a normalitás időszakában kevéssé volt gyakorlati értelemben zavaró. A szuverenitás és a kivételes állapot kérdései lekerültek így a napirendről, mert megelégedtek az ipari társadalom *tényleges* stabilitásával, anélkül hogy annak államelméleti garanciáiról gondolkodtak volna. Carl Schmitt weimari kérdései a bonni köztársaságban látszólag elvesztették gyakorlati aktualitásukat – ezáltal az NSZK nem volt felkészülve a kivételes állapotra, így stabilitása a normalitás fennmaradásától függött.

Forsthoff mindez látva elméleti kompromisszumot kötött, amennyiben is az állam társadalmiasulását már nem vetette el, hanem az egész állami legitimitást és stabilitást a társadalomból vezette le. Ez azzal magyarázható, hogy míg a weimari időkben a társadalom, amennyiben is a részérdekeit az állam révén akarta érvényesíteni, gyengítette az államot, addig a bonni köztársaság ipari társadalma – ami már nem a pártok és szakszervezetek weimari időkből megismert, részérdekekre szakadt társadalma volt – stabilizátorként hatott,⁴³³ és ezért képes volt az államtól a *Daseinsvorsorge* feladatát is átvenni, ezzel csökkentve a mennyiségileg totális állam kialakulhatóságának veszélyét.

Az ipari társadalom azonban nem képes a kivételes állapottal szemben hatni, mert legitimitását a tényleges normalitásból nyeri – ellenkezőleg a schmitti állam-koncepcióval, amely éppen a kivételes helyzetben mutatja meg erejét. Azaz az ipari társadalom legitimitása és stabilitása a gazdasági jóléttől, például a teljes foglalkoztatottságtól függ.⁴³⁴ De ha egy gazdasági válság esetén e tényleges feltételek megszűnnek, az állam védetlenül áll a kivételes helyzettel szemben. Az ipari társadalom örökké tartó jólétének illúziója kiszorította az államjogi gondolkodás homlokteréből a kivételes állapot lehetőségét.

⁴³² Forsthoff 1971, 131.

⁴³³ Saage 1983a, 194sk.

⁴³⁴ Saage 1983, 26.

V. Az intézmény mint a pozitív jogi kategóriák meghaladása és az intézményvédelem mint a metapozitivista alkotmányvédelem a német jogban

A weimari alkotmány alapja – ahogy a mostani német Grundgesetzé is – a jogállam melletti politikai döntés volt. Ez abban nyilvánult meg, hogy az alapjogok (Grundrechte) adták és adják az alkotmány lényegét. Az alapjogok fejezték ki az állam célját és feladatát. Ezen alapjogok – legalábbis a liberális modell értelmében – nem az állam alkotásai, hanem az állam korlátai, azaz az állam elismerni tartozik őket. Egy állam azonban nem csak alapjogokból és szabadságokból áll, hanem olyan intézményekből is, amelyek az állam kontúrjait adják, és amelyek az alkotmányt önmagában védk. Az intézmények révén a pozitív jogi szabályok szélesebb jelentést, jelentéstartalmat nyerhetnek. E fejezetben ezen intézményekről lesz szó. Mivel a mai napig nincs egyértelmű intézmény-definíció, (1) először röviden az intézménykoncepciót mutatjuk be, (2) hogy aztán az utóbbi alapján az intézményi garanciák jogelmélete felé fordulhassunk. (3) A jogtudományon belül általában ritka, hogy valami egészen újat, *ex nihilo* találjanak ki, ezúttal mégis Carl Schmitt érdemeként kell megneveznünk, hogy az intézményi garancia tanát a jogtudományi diskurzusba bevezette. Éppen ezért részletesen ismertetjük Schmitt ezirányú munkásságát. (4) Schmitt ezen tanát – néhány kivételtől eltekintve⁴³⁵ – igen gyorsan recipiálta a weimari jogászság, ezen továbbgondolásokat is bemutatjuk. (5) Az intézményi gondolkodás nem csupán egyfajta alkotmányvédelmet jelent, hanem a hagyományos jogi fogalmiság áttörését is, éppen ezért különösen a nemzetiszocialista jogtudományban – főleg Carl Schmitt és Karl Larenz részéről – az ún. intézményi gondolkodás a klasszikus-pozitivista Begriffsjurisprudenz alternatívájaként jelent meg, éppen ezért az intézményi garancia tana kapcsán „a konkrét rend-gondolatáról“ és a „konkrét-általános fogalmakról“ is szólnunk kell. (6) Végül pedig röviden arra is kitérünk, miként jelent meg a tan az NSZK jogi diskurzusaiban ismét.

Az intézmény-gondolat története arra is példa, hogy miként tud a jogtudomány a pozitív jog által nem megoldott problémákra – amennyiben kilep e pozitív jog keretei közül – megoldásokat találni. De egyben bizonyítja azt is, hogy sikeres megoldást sohasem lehet tartósan a pozitív jogot meghaladva (avagy egyes megközelítésben: *contra legem*)

⁴³⁵ Fritz Stier-Somlo volt a weimari korszak egyetlen nevesebb jogtudósá, aki elutasította a tant. Számára Schmitt elmélete nem volt más, mint kísérlet weimari alkotmány tényleges jelentésének megkerülésére. (Stier-Somlo 1929, 170-171., FN 24)

„kiértelmezni“, hanem szükség van e megoldás pozitiválására – amint a weimari alkotmány hiányosságaiiból okulva erre a bonni Alaptörvényben sor is került.

V. 1. Intézményi gondolat

Az alábbiakban az intézmény és az intézményi garancia tanát mint a pozitív jog által nem megválaszolt problémák metapositív megoldásainak egyik példáját mutatjuk be. A gondolat lényege, hogy a jogszabályokból intézmények – azaz védendő tartalmak – értelmezhetőek ki, amelyek a törvényhozás, de akár egyes esetekben az alkotmánymódosítás elől is védhetnek olyan szabályösszességeket, amelyeket amúgy – ha csupán a pozitív jog szabályaihoz lenne kötve a jogalkotó – módosítani lehetne jogalkotás (törvényhozás, alkotmánymódosítás stb.) útján. Az intézmény bizonyos jogszabályi területeket foglal össze, az intézményi garancia pedig ezek védeeltségét biztosítja. A tan leginkább a német jogtudományban a weimari köztársaság idején alakult ki – mind kialakulásakor, mind fejlődésében különféle definíciók és elméletek jelentek meg az intézmény lényegét és a garancia tartalmát, terjedelmét illetően. E fejezetben főleg Carl Schmitt ezirányú munkássága kapcsán mutatjuk be, miként tudja a jogtudomány átvenni akár a jogalkotó által (tudatosan vagy sem) elfelejtett, nem kielégítően megoldott feladatokat.

V. 1. 1. Savigny tana

A jogtudományban az intézmény-tan voltaképpen Savigny munkássága révén jelent meg, aki a római jogot – ahol ugyebár az *institutio* kezdetben didaktikus, később rendszerező jellegű fogalom volt – akarta újraszervezni, azzal a céllal, hogy az áthagyományozódott jogot ne önkényesen és ne tetszőlegesen kodifikált törvénykönyvekkel váltsák le. Savigny tekinthető tehát az intézményi tan kezdetének.⁴³⁶ Savigny azon történeti érveléssel utasítja el a kodifikációt, miszerint a jog nem *in abstracto* keletkezik, hanem egy történelmileg legitimált hagyományból nő ki. Savigny a jog és a nyelv között vont párhuzamot, mondván, minden jelenség organikusan alakul, fejlődik.⁴³⁷ Ahogy a nyelv, úgy a jog se hagyja magát eszerint mesterségesen alakítani, hanem részei egy élő, dinamikus hagyománynak. A kodifikáció nem más, mint mesterséges kilépés a hagyomány folyamatosságából, ekként éppen nem dinamikus, hanem statikus tett. Savigny számára a jogtételezés nem egy önkényes akarat menyilvánulása, hanem a jog belső struktúráira utal, amely a népszellemből – ahogy írja: „a

⁴³⁶ Röhl 1990, 371.

⁴³⁷ Savigny 1840, 15.

mindenkiben egyaránt munkálkodó népszellem megnyilvánulásából⁴³⁸ – táplálkozik. A jogi normák természetesen Savignynél is tételezett akarati aktusok, de csak a jogintézmények révén nyerik el „mély alapjukat“, „organikus természetüket“.⁴³⁹

Miközben a pozitivizmus számára a jogtételezés egy akarati aktus, amelynek tartalma tetszőlegesen változtatható – a jog tehát gyakorlatilag a törvényalkotó erejéből születik (jogerejét a törvényhozó politikai ereje adja) –, Savigny a jogtételezést olyan közös folyamatnak tartja, amely öntudatlan és organikus. A nép homogenitása miatt – vagy ahogyan Savigny írja: „a szellemi közösségiség“⁴⁴⁰ okán – a nép „egy és ugyanazon jogot“ ismerné fel, mégpedig „szükségszerűen“.⁴⁴¹ Ezen folyamat zajlana a jogintézmények révén, amelyek tehát jogilag ragadnák meg a népszellemet; a jogi öntudatra ébredt népszellem nem absztrakt, tételezett, önkényes szabályokban élne, hanem „a jogintézmények élő valóságában“, ezekben találná meg a nép önnön „organikus összefüggését.“⁴⁴² A jogrend így Savignynél nem más, mint a jogintézmények organikus egysége.

[8. ábra]

Savigny – Hauriou összehasonlítás

	<i>Jogforrás</i>	<i>intézmény</i>
Savigny	népszellem → (kollektivista koncepció)	→ konkretizációjuk a jogintézményben (jogi kategóriák)
Hauriou	eszme / eszme hordozója → (individualista koncepció)	→ intézményesedés (társadalmi kategóriák)

⁴³⁸ Savigny 1840, 15.

⁴³⁹ Savigny 1840, 9.

⁴⁴⁰ Savigny 1840, 19.

⁴⁴¹ Savigny 1840, 14.

⁴⁴² Savigny 1840, 16. et passim.

V. 1. 2. Hauriou tana

Miközben Savigny a népszellemből vezeti le az intézményeket, és ezáltal azok nála egyfajta kollektivista jelleget nyernek, Hauriou az intézményeket (1) először is a jog forrásainak, (2) másodsorban az intézményesést a társadalmilag meghatározott jogkeletkezés értéksemleges, egyéni folyamatának tartja. Hauriou egy szociológiai megalapozott jogontológiát állít fel, ahol az intézmények adják a társadalmi rend magját és alapját.⁴⁴³ E társadalmi rend jogilag rendezett, de ez – ellentétben Savignyval – nem azt jelenti, hogy az intézmények maguk is jogi természetűek lennének. Az intézmény Hauriounál nem a jog, hanem az a társadalmi forma, amelyben egy eszme – amelyet ráadásul nem a társadalom, hanem az egyén (valaki) hordoz – az erőszak és a társadalmi megerősítés révén megnyilvánul.⁴⁴⁴ Ezen eszme persze jogi formában is megjelenhetne, de Hauriou intézményelmélete nem jogtan, hanem a jogkeletkezés (jog)szociológiai leírása.⁴⁴⁵

Hauriounál az intézmények „a tartósság, az állandóság, a valóságosság kategóriái“.⁴⁴⁶ Számára az intézmények nem holmi népszellem megnyilvánulásai. Mivel Hauriou objektív idealista volt – a platóni és tomista tan gyakorolt jelentős hatást gondolkodására⁴⁴⁷ –, az intézményeket az ideák világában helyezte el. Az intézményben egy objektív eszme jelenik meg, ami akaratunktól függetlenül létezik,⁴⁴⁸ s csak akkor tud megjelenni, érvényre jutni, ha egy konkrét egyén fel- és elismeri, erővel érvényesíti. Az eszme léte ugyanis nem függ attól, hogy érvényesítik-e, felismerik-e; az érvényesítés csupán az eszme hatását érinti. Ennek megfelelően az intézmény három elemből áll Hauriounál: (1) az objektíve adott eszméből, (2) az eszme „szolgálatában“ álló hatalomból, erőből, és (3) a közös társadalmi kifejeződésből, megerősítésből,⁴⁴⁹ ami azonban nem kollektív esemény, hanem egyéni felismerések összessége.⁴⁵⁰

Hauriounál is ekként – mint Savignynál – az intézmények egyértelműen állam-előttiek.⁴⁵¹ Az állam is ugyan intézmény, de a többi intézmény nem tőle függ. Az állam védi a többi intézményt, míg őt magát – mármint az államot – az alkotmány védi, biztosítja.⁴⁵² Azaz az

⁴⁴³ Jennings 1968, 110skk.

⁴⁴⁴ Hauriou 1965, 34skk.

⁴⁴⁵ Mainzer 2003, 43.

⁴⁴⁶ Hauriou 1965, 27.

⁴⁴⁷ Friedrich 1963, 9.

⁴⁴⁸ „A valóságban az eszméket nem lehet kigondolni, hanem azokra rátalálunk.” (Hauriou 1965, 39.)

⁴⁴⁹ Hauriou 1965, 35skk.

⁴⁵⁰ Friedrich 1963, 19.

⁴⁵¹ Friedrich 1963, 50skk.

⁴⁵² Friedrich 1963, 54.

intézmény állam-előtti – léte nem az államtól függ –, az állam maga pedig alkotmány-előtti: az alkotmány a már meglévőnek ad keretet. Az intézmények autonóm jelenségek, és ekként nem állami normakomplexusokat jelentenek, hanem a jog forrását adják. Ebből következik, hogy az intézmények Hauriou-nál érinthetetlenek, és hasonló pozíciót élveznek az állammal szemben, mint Carl Schmitt korai alkotmánytanában az alapjogok.⁴⁵³

[9. ábra]

Hauriou-Schmitt-összehasonlítás

Hauriou	intézményi garancia tana (korai C. Schmitt)
szociológiai tan	jogi tan
állam-előtti intézmények	államilag tételezett intézmények
jogsületés leírása	az alkotmány egységét és védelmét biztosító értelmezési mód

⁴⁵³ Mager 2003, 139.

V. 2. Az intézményi garancia tanának kidolgozása

V. 2. 1. Alapjog-felfogások

A német császárság idején, a jogpozitivizmus értelmében az alapjogok a közigazgatással szembeni törvényi fenntartások (*Vorbehalte*) voltak. A közigazgatásnak a törvények szerint kellett tevékenykednie – mint a IV. fejezetben láttuk: ezért nem is feladat-, hanem szabályorientált volt –, és az egyén jogi pozícióját az biztosította, hogy a közigazgatásnak tartania kellett magát a törvényekhez.⁴⁵⁴ Eszerint az egyén az államnak volt alárendelve, de az államot viszont kötötték a törvények.⁴⁵⁵ Azonban a törvény az állam akarata volt, márpedig az állam akaratát nem kötötte semmi sem (elvégre emberi jogok vagy alkotmányosság még nem ismert jogi fogalmak voltak); a közigazgatásnak persze az államilag tételezett alapjogokhoz kellett tartania magát: „Az intézményi szabadságjogok az állam közigazgatási tevékenységének korlátai.”⁴⁵⁶ E felfogás a császárkorban annyira elfogadott volt, hogy híres jogi tankönyükben Anschütz és Meyer az alapjogok kérdését a közigazgatási jog leírásánál tárgyalta. Az alapjogok eszerint a közigazgatást, de nem a törvényalkotót kötötték, mivel – ahogy Gerhard Anschütz írta más helyütt – „az alapjogok a törvényszerű közigazgatás elvének klasszikus kifejezései, de nem a törvényalkotási tárgyak felsorolása”.⁴⁵⁷ Az alapjogok tehát nem a törvényhozás korlátai voltak, a törvényhozás tárgyait nem érintették, ugyanis a pozitivista tan értelmében az állami akaratot nem kötheti semmilyen jogon kívüli entitás. Éppen ezért állítható, hogy a pozitivizmust erősen meghatározza egyfajta voluntarizmus.⁴⁵⁸

A weimari birodalmi alkotmánnyal (WRV) radikálisan megváltozott e felfogás, elvégre az alkotmány második fejezete – az alapvető kötelességek mellett – az alapvető jogokról szólt. Ennek értelmében az alapjogok már nem csak a közigazgatással szembeni törvényi fenntartást jelentették, de egyben a törvényalkotót is korlátozták, amennyiben – még ha ez ilyen egyértelműen nem is mondatott ki a weimari alkotmányban – az alapjogok alkották az állam lényegét, és ezért a törvényhozással szemben is védelmet élveztek. Ez mindenkorábban forradalmi újítás, az alapjogok egészen újszerű megközelítése volt, amely addig ismeretlen volt a német

⁴⁵⁴ Mager 2003, 7.

⁴⁵⁵ Anschütz – Meyer 2005, 946. et passim.

⁴⁵⁶ Anschütz – Mayer 2005, 956.

⁴⁵⁷ Anschütz 1912, 98.

⁴⁵⁸ Schmitt 1993, 27skk.

alkotmányjogban és jogtörténetben.⁴⁵⁹ A weimari alkotmány révén az alapjogok *államalapító* rangot nyertek: a weimari alkotmány lényegét adták. Ennek értelmében a törvényalkotó csak az alapjogok szabta keretek között lehetett aktív: ez – amint Carl Schmitt hangsúlyozta különösképpen – azt is jelentette egyben, hogy ugyan az alkotmányozó és törvényhozó hatalom azonossága⁴⁶⁰ okán tulajdonképpen egyszerű törvényalkotási eljárás keretében (Art. 76 WRV) lehetséges volt az alkotmány módosítása, de az nem érinthette az alapjogokat.⁴⁶¹ Az alapjogok ugyanis olyannyira az alkotmány lényegéhez tartoztak, hogy egyszerű alkotmánymódosítással – még ha a törvény pozitivista értelmezése elvileg erre lehetőséget is adott volna – nem voltak megváltoztathatóak, pláne kiüresíthetőek.

Carl Schmitt volt az, aki észrevéve a problémát, hogy elvileg kétharmados többséggel az egész alkotmány pusztta alkotmánymódosítás útján újraírható, az alapjogok lényegi, változtathatatlan jellegét hangsúlyozta. minden alkotmány alapját, lényegét – fejtette ki – bizonyos elvek adják,⁴⁶² amelyeket alkotmánymódosításokkal nem lehet érinteni, mert ahhoz már új alkotmányra lenne szükség. A weimari alkotmány 76. cikkelye, amely az alkotmány korlátlan módosítását tette volna lehetővé, Schmitt szerint nem lehet az alkotmány szétrombolásának eszköze.⁴⁶³ A weimari alkotmány maga azonban nem védte magát ilyen esetektől, nem állított fel kötelező érték hierarchiát az alkotmány tartalmán belül: ez inkoherenciát és védtelenséget eredményezett az alkotmány által megformált rend egésze számára. Az inkoherenciát Schmitt különösen abban látta, hogy az alkotmány második fejezetével – amely egyértelmű értékdöntést tartalmaz – egy érték sem leges (politikai-államszervezeti kérdéseket tárgyaló) első rész áll szemben.⁴⁶⁴ Carl Schmitt ezen meglátását azonban nem osztották a továbbra is pozitivista jogászok:⁴⁶⁵ ők ugyanis abból indultak ki, hogy az alkotmánymódosítás előtt semmiféle alkotmány-feletti korlát nem lehet, és ezért – elvégre a szöveg is így szabályozott – *gyakorlati alkotmányozáshoz* is vezethet.⁴⁶⁶

Carl Schmitt, amint még ezt látni fogjuk, megpróbálta az alkotmány (tehát az alkotmányozó döntésből származó társadalmi-politikai összállapot) és az alkotmánytörvény közötti különbségtétel révén megvédeni az alkotmány lényegét az alkotmánymódosításoktól. E schmitti tant azonban elutasították a pozitivisták, mert szerintük – ahogy például Richard Thoma írta – e különbségtétel – holmi metapositív „alkotmányra“ hivatkozással – leértékeli a

⁴⁵⁹ Hammer 2000, 61.

⁴⁶⁰ Mainzer 2003, 60.

⁴⁶¹ Schmitt 2003, 177. et passim.

⁴⁶² Schmitt 1932, 60f.

⁴⁶³ Schmitt 1932, 50.

⁴⁶⁴ Schmitt 1932, 44. et passim.

⁴⁶⁵ Schneider 1953, 216.

⁴⁶⁶ Kröger 1990, 303.

konkrét alkotmánytörvényt, a pozitív alkotmányszöveget.⁴⁶⁷ Schmitt a pozitivisták vádjai szerint a törvényt szembeállítja – ahogy azt az első fejezetben bemutattuk – egyfajta metapositiv „joggal“. Schmitt tana politikai felhangot is nyert, amennyiben a védendő alkotmányt mint politkai döntést (és annak tartalmát, célját) állítja szembe a konkrét, tételezett alkotmánytörvénnyel. Ez az ellentét aztán a weimari köztársaság végöráiban meg is mutatkozott, amikor Schmitt az eredeti politikai döntés (azaz a weimari alkotmányos rend és tartalma) érdekében akár az alkotmánytörvény megsértését, félretolását is elfogadhatónak érezte volna (elvégre egy ilyen koncepció megfelelt volna az általa kidolgozott kommisszárius diktatúra jelenségének is). A pozitivisták azonban nem tudtak mit kezdeni ezen elméletekkel, számukra ugyanis a jog az, ami a törvényben van, így értelmezhetetlen volt számukra a törvény szövegének és szellemének schmitti szembeállítása. Éppen ezért Thoma sem értette, miért ne változtathatná meg teljesen az alkotmányt a törvényhozó, ha erre a tételezett jog alapján minden lehetősége amúgy megvan:

„Carl Schmitt tárgyalt elmélete elutasítandó és kiderül, hogy a birodalmi alkotmány valamennyi tétele, az alapjogokat érintő tételei is a 76. cikkely értelmében megfelelő többségű birodalmi törvénnyel jogszártalanítva, nélkül megváltoztathatóak, hatálytalaníthatóak.”⁴⁶⁸

Ezen voluntarista-pozitivista felfogással értelemszerűen összeegyeztethetlen volt az állam-előtti, állam-feletti alapjogok gondolata, elvégre pozitivista nézőpontból érthetetlen, hogy amennyiben nincs egyértelműen jogszabályilag tiltva, miért ne lehetne alkotmánymódosítással az egész alkotmányt újraírni. Mivel a weimari birodalmi alkotmány nem határozta meg tételes jogilag a maga korlátait, a pozitivizmus elvetette azt a schmitti ötletet, hogy az alkotmánymódosítás korlátozott legyen. Az alkotmány belső inkoherenciája és az alkotmányvédelmet biztosítani tudható paragrafus hiánya értelemszerűen kedvezett egy ilyen pozitivista értelmezésnek, amint arra Schmidt-Jortzig, összehasonlítva a weimari és a bonni alkotmányokat, rámutatott:

„Hiányoztak az egyértelmű előírások (mint manapság a Grundgesetz 79. cikk 1. szakasza), hiányzott az alkotmánytartalmi minimum megállapítása (mint manapság a Grundgesetz 79. cikk 3. szakasza), és önmagában hiányzott a törvényhozási többség rendszerszerű korlátozása...”⁴⁶⁹

⁴⁶⁷ Thoma 1929, 44sk.

⁴⁶⁸ Thoma 1929, 43.

⁴⁶⁹ Schmidt-Jortzig 1979, 14sk.

Ha egy jogász a weimari köztársaságban nem akarta e helyzetet elfogadni, és az alkotmány inkohärenciájából és védtelenségéből mégis biztos és biztosított, rendszerezett rendet akart teremteni, akkor jogtudományilag – a pozitivizmust meghaladva – kellett „pótolnia“ azt, amit a kezdeti alkotmányozók elmulasztottak.⁴⁷⁰ Carl Schmitt mindenképpen egyike volt azon kevés jogászoknak, akik e probléma jelentőségét és veszélyét igen korán felismerték, és igyekeztek jogelméletileg megoldást találni – egyrészről az alapjogok alkotmányos felértékelésével, másrészről az intézmények mint védendő jogszabály-összességek megfogalmazásával.

V. 2. 2. Az intézményi gondolat megjelenése a weimari jogtudományban

Az intézményi gondolat a jogalkotás ontológiai kérdésére próbál meg választ találni, és ennek révén óhatatlanul metajurisztikus és szociológiai területre csúszik át, amennyiben a jog forrásaként vagy az intézményekben megjelenő hagyományt (Savigny) vagy az eszméket megvalósító, társadalmi intézményeket (Hauriou) azonosítja. Az intézmény ilyen – tehát állam-előtti, a törvényhozó akaratával szemben levédett – értelmezése a weimari köztársaságban is megjelent, ennek egyik példájaként idézhetjük Erich Kaufmannnak a kor államjogászai előtt tartott egyik előadását, amiben kifejtette, hogy

„[a] törvényalkotó nem a jog alkotója. Nem ő alkotta a kölcsön, az adásvétel, a házasság, a rendőrhatalom, az adózatás, a köszolgálat fogalmait, ahogy azon alapvető jogszabályi helyeket sem, amelyek ezen *intézményeket* konstituálják.”⁴⁷¹

Kaufmann felfogásában tehát – hasonlóan Savignyhoz – az intézmény jogi, de nem törvényi forma. Az intézmény a jog formája és a törvény forrása. E vélekedés két előfeltételre épül: (1) a jog nem az állami akarat terméke, hanem egy folyamatosság, amelyet a törvényhozónak kell ismernie, és az általa alkotott törvény csak akkor érvényes, ha a törvény illeszkedik e folyamatosságba; (2) az intézmények a jog örök formái, amelyek nem az érvényességük, pusztán a hatékonyságuk miatt igénylik a pozitiválást. „Az intézmények [Kaufmann-nál] [...] nem a törvényhozás alkotásai, hanem a törvényhozó számára előre adott rendet alkotnak.”⁴⁷²

⁴⁷⁰ Schmidt-Jortzig 1979, 15.

⁴⁷¹ Kaufmann 1960, 262. (kiemelés tőlem – TP)

⁴⁷² Mainzer 2003, 45.

Schmitt maga is a pozitivizmus ellenfele volt – éppen a pozitivizmus jelentette veszélyek, az alkotmányvédtelenség ellenében fogalmazta meg saját alkotmánytanát –, mindenkorral az ő intézményelmélete egy már adott alkotmányrendből indul ki – kezdetben eleve csak az alapjogoknak biztosítva alkotmányos rangot. Az intézmények Schmittnél a konkrét alkotmányban jelennek meg, onnan olvasandók, értelmezendők ki – tehát nem jogontológiai, hanem legfeljebb episztemológiai kategóriákról beszélhetünk –, és az intézményi garancia sem jogkeletkeztetően, hanem alkotmány-megtartóan hat, tehát nem az alkotmányozó hatalommal, hanem a törvényhozással szemben véd. Az intézményi garancia Schmitt korai elméletében tehát *a már eldöntött, megformált alkotmányban található, intézményekként értelmezhető normakomplexumok védelmét* jelenti. Az intézmények ekként nem forrásai, hanem részei a jogrendnek. A jogalkotásnak meg kell maradnia a már fennálló jogrend (az abszolút értelemben vett alkotmány) keretei között, és ezért nem módosíthatja, nem törölheti el az intézményeket, ami azonban nem jelenti, hogy a régi vagy egy esetlegesen új alkotmányozó hatalom akarata – a benjami értelemben vett jogmegtartó vagy jogtételező erőszak – szintén kötve lenne az intézményekhez. Savigny vagy Kaufmann ugyanis az intézményeket az alkotmányozástól is védett jogtárgyaknak tartotta.

Az intézmények nem explicit pozitív jogot jelentenek: a jogtudomány egyes normakomplexumokat foglal össze e név alatt, azaz az intézmények – ahogy Schmidt-Jortzig írja – az értelmezés, a jogtudományi rendszerezés eredményei:

„A tan kapcsán [...] értelmezési kísérletek gyümölcséről van szó. [...] Az intézményi garancia tana így a jogalkalmazás rendszerezett köztes eredménye és nem önmagában része a jognak vagy eleme a jogalkotásnak.“⁴⁷³

A weimari időkből két szerző neve említendő meg, akik már Schmitt előtt használták azzal a céllal az intézmény kifejezését, hogy az alkotmány tartósságát és védelmét hangsúlyozzák. Friedrich Giese saját alkotmány-kommentárjában már mint az alkotmányban rögzített intézményekként ír a házasságról, a tulajdonról és az öröklésről,⁴⁷⁴ anélkül azonban hogy mindebből bármiféle rendszert alkotna. Éppen ezért Martin Wolffot szokás inkább a tan előfutárának tartani. Ugyan ő csak a tulajdon kommentálta, de elemzéséből kiovashatóak voltak már az alkotmányi intézmények általánosabb jellemzői is. A weimari alkotmány 153. cikkelye kimondta, hogy „a tulajdon az alkotmány garantálja“. E mondatból nem túl nehéz a tulajdon alkotmányi védelmét kiolvasni. Martin Wolff azonban azt hangsúlyozta saját tulajdon-kommentárjában, hogy a 153. cikkely „ezen túl“ még valami mást is tartalmaz,

⁴⁷³ Schmidt-Jortzig 1979, 24.

⁴⁷⁴ Giese 1920, 331., 396., 398.

mégpedig „annak biztosítását [Zusicherung], hogy a magántulajdon jogintézményként fennmarad“.⁴⁷⁵ Az intézmény lényege éppen abban áll, hogy a konkrét alkotmányi rögzítettségen és ebből fakadó védelmen túlmenően mint a fennálló jogrend alapja kerül elismerésre: az alkotmány lényegéhez tartozóan élveznek védelmet a törvényhozással szemben. Mindez „egy speciális védelmi tartalmat“ alapoz meg.⁴⁷⁶ Wolff mindebből azonban arra következtetett, hogy az intézményeket csak alkotmánymódosító, tehát a weimari alkotmány 76. cikkelyében előírt módon elfogadott törvény érinthet.⁴⁷⁷ E véleménnyel azonban nem értett egyet Carl Schmitt, mert ő szigorúbb védelmet biztosított volna az intézményeknek és ezért elutasította, hogy bármilyen törvényhozási aktussal – még ha az meg is felel a 76. cikkelynek – módosítható legyen korlátozás nélkül bármely alkotmányi szabály.

V. 2. 3. Carl Schmitt, az intézmények őre

V. 2. 3. 1. A weimari alkotmány gyengeségei

Schmitt igen korán felismerte azt a problémát, hogy az érvényes weimari alkotmány nem határozza meg önnön lényegét, és ezért – amint azt a 76. cikkely lehetővé is teszi – teljességgel kiszolgáltatja magát az alkotmánymódosításhoz szükséges törvényhozási többség („kétharmad“) önkényének. Mindez Schmittet arra vitte, hogy részletesebben is foglalkozzék az alkotmány második részével, és az alapján – amellett, hogy kezdetben az alapjogokat tekintette az alkotmány változtathatatlan lényegének – kidolgozza az intézmények kategóriáit. Carl Schmitt azzal a megállapításával, hogy a weimari alkotmány egyrérszről inkoherens, másrérszről védelemre szorul, fontos gyakorlati problémát nevezett meg, amely az egész államiságot érintette. Schmitt igen korán tehát ráérzett arra, hogy a weimari alkotmány, amennyiben pusztán pozitivista módon értelmezik, az általa elvileg megalapozandó jogállami-polgári rend szétzúzásához is elvezethet. Éppen ezért a jogtudományra hárul szerinte a feladat, hogy koherenciát és védelmet biztosítson az alkotmányos rend egészének, akár a pozitivista értelmezési lehetőségek ellenében is. Noha az alkotmány alapja az alapjogok okán egy értékdöntés volt, hiányzott az alkotmányon belüli egyértelmű érték hierarchia – az egész szöveget, de különösen a második részt különféle ideológiai célok szabdalták szét⁴⁷⁸ –, és

⁴⁷⁵ Wolff 1923, 5.

⁴⁷⁶ Mager 2003, 13.

⁴⁷⁷ Wolff 1923, 6.

⁴⁷⁸ Thoma 1929, 5.; Schmitt 2003, 30.

éppen ezért lehetetlen volt pusztán a szöveg alapján az alapjogok lényegi magvát és az alkotmány lényegét kiolvasni, megvédelmezni.⁴⁷⁹

A weimari alkotmány két fő gyengesége,⁴⁸⁰ amelyekre Schmitt két alkotmányelméleti felvetéssel próbált meg reagálni, a következő volt: (1) A weimari alkotmány rendszerében összemosódik a törvényhozó és az alkotmányozó hatalom, ugyanis az alkotmány 76. cikkelye értelmében a törvényhozás minősített többséggel teljességgel, azaz korlátlanul újraírhatta az alkotmányt. Ezt megakadályozandó vezette be Schmitt az intézmények kategóriáját, mint amiket a fennálló alkotmányos rend részeiként nem lehetett volna törvényhozási úton kiiktatni. (2) Mivel az alkotmány semmiféle határt nem szabott önnön módosíthatóságának, az alkotmány lényege védtelenül ki lett szolgáltatva a mindenkor alkotmánymódosító többség („kétharmad“) önkényének. Az alkotmány lényegét védendő dolgozta ki Schmitt ismert megkülönböztetését az alkotmány két fogalma (*Verfassung* és *Verfassungsgesetz*) kapcsán.

V. 2. 3. 2. Carl Schmitt alkotmánytana

Schmitt intézményi garancia-elmélete szorosan kapcsolódik alkotmánytanához, annak megértése így elengedhetetlenül szükséges. Így ehelyütt röviden azt ismertetnénk, noha a III. fejezetben már elszórtan sor került rá.

Mint ismert, Schmitt abszolút és relatív alkotmány-fogalom között tesz különbséget: (1) az abszolút alkotmány („Verfassung“) egy ténylegesen létező jelenség, tehát az állam maga,⁴⁸¹ amely egy előzetesen adott homogén entitás politikai döntéséből, alkotmányozó akaratából származik; (2) a relatív alkotmány („Verfassungsgesetz“) ezzel szemben nem más, mint a politikai döntés jogszabályként való rögzítése. Ha azonban az alkotmány egésze csupán ezzel lenne azonos, akkor az azt jelentené – különösen a weimari alkotmány esetében –, hogy az alkotmány egy tetszőlegesen módosítható törvény, amelynek egyetlen specifikus tartalma a 76. cikkelye lenne.⁴⁸² Egy alkotmánynak azonban tartós rendnek kell lennie, és ez csak akkor lehetséges, ha az alkotmányt konkrét rendként, az alapjául szolgáló politikai döntés felől értelmezzük.

Schmitt az alkotmányvédelem eszméjét – amelynek pozitívjogi és intézményes alapjai csak a bonni köztársaságban épültek ki – az abszolút (egzisztenciális, faktikus) alkotmányfogalomra

⁴⁷⁹ Mainzer 2003, 59.

⁴⁸⁰ Mainzer 2003, 60ff.

⁴⁸¹ Schmitt 2003, 4sk.

⁴⁸² Schmitt 2003, 19.

építi. Csak akkor biztosítható az alkotmány tartóssága, ha az alkotmány lényege szab határt az alkotmányi törvény módosíthatóságának.

Hogyan jön létre azonban eme alkotmány, eme keret? Schmittnél az alkotmányozás egy jogelőtti, tényleges eljárás (ennek részletesebb elemzését a III. fejezetben elvégeztük), amelyben egy már adott homogén entitás egy politikai döntés – azaz a barát és ellenség megkülönböztetése⁴⁸³ – révén állammá (vagy más politikai egységgé) szervezi magát.⁴⁸⁴ Az államot tehát megelőzi a politika(i).⁴⁸⁵ Az állam csupán egyik lehetséges, történelmileg meghatározott,⁴⁸⁶ ekként egyáltalán nem örök politikai formája egy közösségnak.

Az alkotmányozás (az alkotmányozó hatalom) az alkotmányról („Verfassung“), azaz az államilag (vagy más politikai formában) megszervezett közösség összállapotáról szóló döntés.⁴⁸⁷ A heterogén elemek kizárássával,⁴⁸⁸ azaz a barátot és az ellenséget megkülönböztető politikai döntéssel jön létre a közösség. Schmittnél az alkotmányt megelőzi a politikailag aktív, dönteni tudó közösség léte: „Ami politikailag nem adott, nem tud tudatosan dönteni.“⁴⁸⁹ Az alkotmányozás ekként a már adott politikai *Sein* döntése.⁴⁹⁰ E döntésben jelenik meg az, ami az alkotmány lényegét adja és ezért az alkotmánymódosításoktól védett. Az alkotmányi törvény tehát csak addig a határig értelmezhető, módosítható, hogy az még ne érintse az alapvető politikai döntés tartalmát. Mivel az alkotmányi törvény egy alkotmány – tehát a közösség politikai döntése – okán érvényes,⁴⁹¹ nem irányulhat tartalmában e döntés ellen: „Egy alkotmányi *törvény* tartalma alapjában az alkotmányozó akarat részletes normatív kibontása.“⁴⁹² Mást, mint ami az alkotmányozás során eldöntetett, nem írhat elő az alkotmányi törvény.

⁴⁸³ Schmitt 2002, 26skk.

⁴⁸⁴ Schmitt 2003, 21f.

⁴⁸⁵ Schmitt 2002, 20.

⁴⁸⁶ Schmitt 1958b, 375skk.

⁴⁸⁷ Schmitt 2003, 75.

⁴⁸⁸ Schmitt 1991, 13skk.

⁴⁸⁹ Schmitt 2003, 50.

⁴⁹⁰ Ld. mindehhez a harmadik fejezet részletesebb elemzéseit!

⁴⁹¹ Schmitt 2003, 22.

⁴⁹² Schmitt 2003, 76. (kiemelés eredetiben)

[10. ábra]

alkotmányozás folyamata Carl Schmitt szerint

politikai entitás	heterogenitás kizárasa	homogenitás	politikai döntés	állam	alkotmányi törvény
adott	barát-ellenség megkülönböztetése	alkotmányozás feltétele	alkotmányozás	= alkotmány („Verfassung“)	= politikai döntés jogszabályi rögzítése

Mik az alkotmányozó politikai döntés azon elemei, amelyek alkotmánymódosítással nem, csak alkotmányozással – azaz egy új politikai döntéssel – módosíthatóak? Carl Schmitt szerint 1919-ben a német nép akarata egy polgári jogállamra és alkotmányos demokráciára irányult;⁴⁹³ ezek adnák az alkotmány azon alaplényegét, amely csak egy újabb döntéssel, azaz alkotmányozással lenne módosítható, még akkor is, ha amúgy pozitív jogilag az alkotmány 76. cikkelye e lényeg módosítását is lehetővé tette a minősített törvényhozási többség számára. Schmitt szerint azonban a fennálló alkotmánytörvényt csak az alapvető politikai döntés értelmében lehet esetleg módosítani, értelmezni, és ez – az explicit tilalom hiánya ellenére is – az alkotmány 76. cikkelyének korlátja:

„A politikai döntés, amely az alkotmányt jelenti, nem hathat vissza a saját alanya ellen és nem szüntetheti meg annak politikai létét. Az alkotmány mellett és felett eme akarat megmarad.”⁴⁹⁴

A német nép döntése a weimari alkotmány értelmében a demokráciára, a köztársaságra, a szövetségi államiságra, a parlamentarizmusra, a polgári jogállamra és annak megnyilvánulásaira, az alapjogokra irányult.⁴⁹⁵ Ezek alkották a weimari alkotmány azon lényegét, amelynek védettnék kellene lennie bármiféle alkotmánymódosítástól.⁴⁹⁶

Az alapjogok a weimari alkotmányban vagy védelem nélkül lettek megfogalmazva, és ezért egyszerű programként voltak értelmezhetőek – ami gyakorlatilag az alapjogok eljelentéktelenedéséhez vezetett volna –, vagy az alkotmány önkényesen és bármikor módosítható részéhez tartoztak, ami viszont bármikori kiiktathatóságukat is jelentette

⁴⁹³ Schmitt 2003, 30.

⁴⁹⁴ Schmitt 2003, 77. (Annyi pontosítás kell ide, hogy vélhetően az első mondatban az alkotmány abszolút, míg a második mondatban relatív értelemben szerepel.)

⁴⁹⁵ Schmitt 2003, 23skk.

⁴⁹⁶ Schmitt 2003, 25skk.

volna.⁴⁹⁷ Carl Schmitt alkotmánytana révén azonban az alapjogok koherens rendszert és alkotmánymódosítástól védett stabilitást nyertek volna. Schmittnek a megkülönböztetése révén sikerült a német nép alapvető döntését levédenie a törvényhozóval szemben, ami azonban persze ahhoz vezethetett (amint vezetett is), hogy ki lehet játszani az alkotmány („Verfassung“) vélt tartalmát az aktuális alkotmányjoggal szemben.⁴⁹⁸ Richard Thoma is attól tartott, hogy Schmitt alkotmánytana „az írott alkotmány léértékelődéséhez“ vezethet.⁴⁹⁹ Amikor Schmitt a weimari alkotmányt a köztársaság végső éveiben egyfajta kommisszárius diktatúrával akarta megmenteni – mintegy az írott jogot félretolva az írott jog mögötti lényeg védelmében –, akkor e megfontolások gyakorlati szempontból jöttek újra elő.

Schmitt különbséget tesz az alkotmánymódosítás különféle kategóriái között is,⁵⁰⁰ amelyek az intézmények garanciatartalma szempontjából is fontos szerepet játszanak. (1) *Alkotmánymegsemmisítés*: A korábbi alkotmány és az azt megalapozó politikai döntés helyébe teljességgel új politikai döntés és annak megfelelő alkotmány lép; (2) *alkotmánykiitatás*: a politikai egység fennmarad, de megváltoztatja korábbi akaratát, és így új alkotmányban fogalmazza önmagát újra, azaz – ellentétben az alkotmánymegsemmisítéssel – az alkotmányozó döntés alanya nem változik; (3) *alkotmánymódosítás*: csak a fennálló alkotmány szövege változik, azaz sem az alapvető politikai döntés alanya, sem annak tárgya nem változik. E felosztást alapul véve, Schmitt korai elméletében, amely még az alapjogok liberális elvét, azaz korlátozhatatlanságát vallotta, az intézmények védelmi szintje csupán az alkotmánymódosításoktól való védelemre terjedt ki; ha azonban megváltozik az alkotmányozó alany akarata, pláne ha maga az alany változik meg, akkor már nem élveznek védelmet az intézmények az ezzel összefüggő változásokkal szemben.

V. 2. 3. 3. Carl Schmitt kezdeti intézményi garancia-tana

A német nép döntése, politikai értékválasztása a weimari alkotmány második részében fejeződik ki leginkább, mivel a polgári jogállam alapját jelentő alapjogok ott lettek felsorolva.⁵⁰¹ Azaz amennyiben az alkotmány egészének lényegét akarjuk megérteni, mindenképp „a második főrész előrenyomulásáról“ beszélhetünk.⁵⁰²

⁴⁹⁷ Schmitt 1958, 143.; minden koncepció helytelen Schmitt szerint, ld. Schmitt 1958a, 201.

⁴⁹⁸ Mehring 2009, 216.; Waldhoff 2010, 298.

⁴⁹⁹ Thoma 1929, 45.

⁵⁰⁰ Schmitt 2003, 99skk.

⁵⁰¹ Schmitt 2003, 162sk.

⁵⁰² Klein 1934, 272.

Carl Schmitt kezdeti jogállam-felfogása a személyes szabadság eszméjén alapszik: az alapjogok biztosítják a polgárok negatív szabadságát és annak védelmét. Schmitt tehát ekkor még egyfajta individuális-liberális alapjog-koncepciót vallott,⁵⁰³ (1) amelyben a közösségek nem tudnak az alapjogok alanyai lenni;⁵⁰⁴ (2) amelyben a személyes szabadság teoretikusan korlátlan⁵⁰⁵ (mivel a szabadság intézményként nem fogalmazható meg);⁵⁰⁶ és (3) amelyben az állam csupán távolságtartásra, de semmiféle pozitív szolgáltatásra nem kötelezett.⁵⁰⁷ Egy liberális-polgári jogállamban csak a szabadságjogokként értett alapjogoknak jár ki az alkotmányos rang; minden kizára – amint azt Forsthoff elméleteinél is a III. fejezetben láttuk – a szociális jogállamiságot, mondván: az lehet a közigazgatás feladata, de az állam lényegileg nem lehet egyszerre szociális és jogállami. A szociális jogok eszerint összeegyeztethetetlenek lennének a liberális védelmi jogokkal, mivel a szociális jogok a polgár kötöttségét és az állam teljesítési kötelezettségét erősítenék, a szabadságjogok viszont olyan államtól független polgárokból indulnak ki, akik az államtól szabadságuk elismerését várják csak el.

Schmitt kezdeti elméletében az alapjogok állam-előttiek, állam-felettek, így alkotmánymódosítással nem változtathatóak. Az intézményi garancia azonban csak a törvényhozás útján történő megváltozatástól védi az intézményeket.⁵⁰⁸ Azaz az intézmények Schmitt korai elméletében „gyengébb védettségű kategóriák”.⁵⁰⁹ Nem az alkotmányozó akarat részei, és ezért csak a törvényhozással szemben garantáltak.⁵¹⁰ Nem ugyanazon védettségi szintet élvezik, mint az alapjogok, amelyek mint az alapvető politikai döntés tartalma az alkotmánymódosítással szemben is garantáltak. Schmitt ezen korai elmélete értelmében – a liberális jogállam-tannak megfelelően – az alapjogok fogalmilag nem korlátozhatóak az adott alkotmányos kereteken belül, míg az intézmények „lényegük szerint korlátozottak”.⁵¹¹ Az intézményi garancia tehát eszerint nem az alkotmányozót, hanem csak a törvényhozót köti, akinek nem terjed ki a jogköre az alkotmány tartalmának törvényhozás útján történő megváltoztatására.

⁵⁰³ A liberális alapjog-elméletről ld. Böckenförde 1974, 1530skk.

⁵⁰⁴ Schmitt 1958a, 212.; Schmitt 2003, 173.

⁵⁰⁵ Schmitt 2003, 126.

⁵⁰⁶ Schmitt 1958, 166f.; Schmitt 2003, 171.

⁵⁰⁷ Schmitt 1958, 167.; Schmitt 2003, 212.

⁵⁰⁸ Schmitt 2003, 170.

⁵⁰⁹ Mainzer 2003, 71.

⁵¹⁰ Mager 2003, 29ff.

⁵¹¹ Schmitt 2003, 170.

[11. ábra]

alapjogok és intézmények védeeltségi szintjei Carl Schmitt korai elméletében

alapvető döntés (Verfassung)	
<i>alapjogok</i>	Az alapjogok a Verfassung és a Verfassungsgesetz relációjában védettek. Az alapjogok részei az alapvető döntésnek, így a Verfassungsgesetz sem tartalmazhat más, s ebből az következik, hogy e tartalom alkotmánymódosító többséggel sem módosítható.
Verfassungsgesetz (az alapvető döntés jogszabályosítása)	
<i>intézmények</i>	Az intézmények a Verfassungsgesetz és az egyszerű törvények relációjában védettek. Az intézmények ekként a Verfassungsgesetz törvényhozói akarattal szemben védett jogdogmatikailag kigondolt normakomplexusai, amelyek azonban alkotmánymódosítással módosíthatóak.
egyszerű törvény (esetleges alkotmánymódosítás)	

V. 2. 4. Intézmények definíciói és kategórizációi

V. 2. 4. 1. Friedrich Giese

Az intézmény gondolatát a weimari alkotmány elemzése kapcsán ugyan Carl Schmitt hozta be és rendszeresítette, de a fogalmat magát először Friedrich Giese használta a saját alkotmány-kommentárjában. Giese itt használja először azon fogalmakat – anélkül, hogy azokat magyarázná, részletezné, elméletté állítaná össze –, amelyeket aztán Carl Schmitt az intézményi garancia tanában gondolt tovább. Giese három fogalmat használ: „a házasság

jogintézményéről“ beszél,⁵¹² „a magántulajdon intézményéről“⁵¹³ valamint „az örökösdési jogról mint jogi intézményről“⁵¹⁴ Felesleges lenne az eltérő szóhasználat mögött bármiféle rendszert, dogmatikát feltételezni, Giese ugyanis e szavakat egyszerűen egymás szinonimáiként értette. Érdekesebb azonban, hogy csak olyan magánjogi karakterű alkotmánytartalmakat (házasság, tulajdon, örökösdési jog) tekintett intézményeknek, amelyeken a kapitalista társadalmi modell is nyugszik.⁵¹⁵ Ez is mutatja, hogy az intézményi gondolat a magánjogi, áthagyományozódott intézmények esetében sokkal egyértelműbb, mint azon közjogi jellegű intézményeknél, amelyeket az alkotmányok hoznak létre (és intézményi létként legfeljebb a felismerő rendszerezés eredménye). Gustav Boehmer például az örökösdési jog kapcsán ezért beszél az alkotmány által *fenntartott* magánjogi intézményről: ezzel ugyanis kinyilvánítja, hogy az örökösdés intézményét nem az állam hozta létre.⁵¹⁶

Giese nem csupán az intézmény fogalmát használja a weimari alkotmány leírásakor, de – ugyan csupán a házasság intézményénél – a garancia szó is megjelenik, mondván: a birodalmi alkotmány a házasságnak „alkotmányos garanciát“ kölcsönöz.⁵¹⁷

V. 2. 4. 2. Richard Thoma

Richard Thoma is a birodalmi alkotmány második részével foglalkozik részletesebben. Az ott felsorolt alapjogok védelme érdekében felállítja a jogi hatóerő vélelmét mint értelmezési célt: ennek értelmében ti. az alapjogokat mindig úgy kell értelmezni, hogy azok leginkább kifejthessék jogi hatóerejüket.⁵¹⁸ Az intézmények nála „a törvényhozásnak címzett tilalmak“, amelyek értelmében a törvényhozás nem alakíthatja, értelmezheti úgy az intézményeket, hogy azok intézményi jellege megsemmisülne.⁵¹⁹

Thoma különbséget tett az intézmény léte és terjedelme között, ezzel biztosítva az intézmények folyamatosságát tartalmi változásaik ellenére is.⁵²⁰ Az intézmény fennállása és tartalmi változása ekként nem zárja ki egymást. Például eszerint a házasság intézményi jellegét nem érintené a házasság változó meghatározása. E felismerés segíthet abban, hogy az intézményt ne állandó tartalomként, hanem állandó védettségű jogi kategóriaként lássuk,

⁵¹² Giese 1920, 331.

⁵¹³ Giese 1920, 396.

⁵¹⁴ Giese 1920, 398.

⁵¹⁵ Engels 1946, *passim*.

⁵¹⁶ Boehmer 1930, 266.

⁵¹⁷ Giese 1920, 330.

⁵¹⁸ Thoma 1929, 9.

⁵¹⁹ Thoma 1929, 30.

⁵²⁰ Thoma 1929, 33.

amelynek tartalma azonban a politikai-társadalmi változásokhoz igazodóan változhat is. A tartalmi módosítás azonban nem az intézmény felszámolását jelenti, mert a tartalom módosítása ellenére is folyamatosan fenn marad az állandó védettségi szint.

Ennek egyik példája az a vita, amit a weimari közhelyi jogban a hivatalnoki réteg jövedelmezése kapcsán folytattak. Amikor kérdésként merült ugyanis fel, hogy a hivatalnoki réteg (Berufsbeamtentum) alkotmányi garanciája (Art. 127 WRV) a jövedelemcsökkentés tilalmát is magában foglalja-e, ezzel szemben Carl Schmitt azzal érvelt, hogy egy intézmény léte nem azonos a konkrét tartalmával, azaz a hivatalnoki réteg alkotmányi intézménye nem a konkrét tartalmi szabályozást (így például a jövedelmi előírásokat) védelmezi, hanem az intézmény folyamatosságát, amelyet azonban a tartalmi változások nem érintenek.⁵²¹ Az intézményi garancia nem egy konkrét szabályozás megmervítését jelenti. Ahogy Helmut Quaritsch megállapítja: „egyedül a törvényhozási adaptáció védi meg az intézményeket a halott formákban való megmervédeléstől“.⁵²²

V. 2. 4. 3. Carl Schmitt

Amikor Schmitt a Verfassungslehrében az intézményi garancia gondolatát először általánosságban – azaz ellentében Giesével vagy Wolff-fal, nem egy-egy konkrét intézmény kapcsán – kifejtette, pusztán „bizonyos intézményekről“ írt, amelyek „különleges védelmet élveznek“.⁵²³ Schmitt pusztán megállapította, hogy a weimari alkotmány – az alapjogok és az alapvető kötelezettségek pozitívált kategóriái mellett – ezt a kategóriát is ismeri, és számukra is – noha az alapjogoknál gyengébb – védelmet biztosít. Egyéb megkülönböztetést nem tesz. Csak később pontosítja, hogy intézmények alatt közjogi jellegű intézmények védelmét érti,⁵²⁴ jelezve azonban utóbb a magánjogi intézmények létét is.⁵²⁵ E definíció már megmutatja az intézmények legfőbb tulajdonságait: (1) államilag tételezett, (2) közjogi és (3) alkotmányjogilag⁵²⁶ védelmezett alkotmánytartalmakról van szó. 1932-ben aztán bővíti a definíciót, mert a magánjogi intézményeket is bevonja, amelyek garanciáját aztán – az intézményi garanciától megkülönböztetten – intézménygaranciának nevezi. A két garanciatípus között az egyetlen különbség tehát annyi, hogy a védelmezett intézmények mely jogterülethez tartoznak. Ennél azonban vélhetően sokkal hasznosabb megkülönböztetés lenne a garanciák által védelmezett

⁵²¹ Schmitt 1930, 917skk.

⁵²² Quaritsch 1987, 1357.

⁵²³ Schmitt 2003, 170.

⁵²⁴ Schmitt 1958, 149.

⁵²⁵ Schmitt 1958a, 218sk.

⁵²⁶ Ehhez ld. Schmitt 1958, 153skk.

célok szerint különböztetni.⁵²⁷ Schmitt megkülönböztetése, amit amúgy sokan átvettek, túlságosan egydimenzionális, csupán az intézmények forrását írja le, de nem szól a különféle garanciatartalmakról és garanciafeladatokról.

V. 2. 4. 4. Bodo Dennewitz

Bodo Dennewitzz, konzervatív jogászként egy állam-feletti intézmény-fogalomból indult ki. Egyrészről elutasította a liberális-polgári jogállam eszméjét – és ezzel azt is, hogy az alapjogok adnák a weimari alkotmány lényegét –, másrészről az intézményi garanciát konzervatív jogi eszköznek tekinti, amely „a monarchista német államtól áthagyományozódott és ilyetén politikai intézmények alkotmányos garanciáját“ jelenti.⁵²⁸ Az intézmény nála így (1) állam-feletti, állam-előtti, (2) az állam által elfogadandó, (3) nem államilag tételezett, (4) hanem államilag elismert, (5) a jogi folytonosságot biztosító és kifejező tartalom. Ebből következik, hogy az alkotmányozó nem hozhat létre új intézményeket, nem láthatja el azokat garanciával, mert „ez a garancia csak azon intézményekre vonatkozhat, amelyeket a weimari állam már eleve létezőként talált“.⁵²⁹ E meghatározásnak amúgy csak a hivatalnoki réteg és a kommunális közigazgatás intézményei feleltek meg a weimari alkotmányból.⁵³⁰ Bodo Dennewitz célja a saját intézménytanával az volt, hogy (1) biztosítsa a császárság és a köztársaság közötti jogi kontinuitást (és ezzel relativizálja az 1918-as forradalmat és az 1919-es alkotmányozást), valamint (2) a nemzeti gondolatot erősítse a liberális ellenében,⁵³¹ amennyiben az intézményeket az alapjogok fölé helyezte.

V. 2. 4. 5. Ernst Rudolf Huber

Huber élesen elutasítja, hogy a weimari alkotmány egy liberális államot hozott volna létre,⁵³² és ezért az alapjogokat azon szellemi tartalmak kifejeződésének tartja, amelyek egy konkrét népben nyernek konkrét jelentést.⁵³³ Huber szerint az alapjogok nem elzárják a polgárokat egymástól, hanem éppen fordítva: az alapjogok révén válnak a polgárok egy népközösség

⁵²⁷ Egy megkülönböztetésre ld. Mager 2003, 410sk.

⁵²⁸ Dennewitz 1932, 45.

⁵²⁹ Menzel 1937, 44.

⁵³⁰ Dennewitz 1932, 25ff.

⁵³¹ Dennewitz 1932, 35.

⁵³² Huber 1933, 79skk.

⁵³³ Huber 1933, 2skk..

részeivé.⁵³⁴ Az alapjogok nem „az állammal szembeni szubjektív jogok“, hanem „az államhatalom objektív határai“.⁵³⁵ Az alapjogok adják meg az állam, a közösség határait, kijelölve a polgárok szabadságát. (Ezen alapjog-koncepció a Grundgesetz-értelmezés során is megjelent, főleg Peter Häberle munkásságában, aki felállította az alapjogok intézményi elméletét.⁵³⁶)

V. 2. 4. 6. Friedrich Klein

Schmitt az intézményi garancia gondolatát bevezette, de nem definiálta. Friedrich Klein rendszerezi az intézményeket tartalmuk alapján, ekként tesz különbséget jogintézmény-garancia (Rechtsinstitutsgarantie), intézményi garancia (institutionelle Garantie) és institúció-garancia (Institutionengarantie) között. Az első két kategóriát a magyarul nehezen lefordítható, szűk értelemben vett Einrichtungsgarantie fogalma alatt foglalja össze. Valójában minden három kategória Einrichtungsgarantie, a fogalom tág értelmében.⁵³⁷

Jogintézmény-garanciák: A jogintézmény-garanciák magánjogi gyökerű intézményeket védenek. Schmitt is rámutatott már arra, hogy ezen intézmények léte egy politikai értékválasztás eredménye, ugyanis a weimari alkotmányban megjelent magánjogi intézmények révén „a birodalmi alkotmány egy politikai világnézet mellett kötelezi el magát“,⁵³⁸ mégpedig a liberális-polgári jogállam mellett. Ezen értékválasztásból következik, hogy a magánjogi karakterű intézmények alkotmányosan fontosabbak, mint a közjogi jellegű intézmények, amelyek többségükben államszervezeti, gyakorlati, és nem értékválasztási szerepet töltenek be. A magánjogi intézmények az elsődleges politikai döntéssel jönnek létre – még ha Schmitt kezdetben csak az alapjogok kapcsán ismerte is ezt el –, míg a közjogi intézményeket védő intézményi garancia „a formális birodalmi alkotmányjog egyik fogalma“ csupán.⁵³⁹

Intézményi garanciák: A közjogi intézmények, amelyek az alkotmányi törvényben jelennek meg, tételes jogi szabályokat foglalnak össze, és e tekintetben nem másról van szó esetükben, mint a fennálló, de megváltoztatható alkotmányi törvény anyagának rendszerezési kategóriájáról. Klein azonban e gondolatot nem viszi konzékvensen végig, mert egy helyütt viszont azt állítja, hogy az intézményi garanciák az egész állami – tehát az alkotmányos –

⁵³⁴ Huber 1933, 7.

⁵³⁵ Huber 1933, 4.

⁵³⁶ Häberle 1983, 51., 56skk. et passim.

⁵³⁷ Klein 1934, 106skk.

⁵³⁸ Klein 1934, 113sk.

⁵³⁹ Klein 1934, 128.

rend védelmét biztosítják. Még pontatlanabbá és inkonzekvensebbé teszi Klein definícióját az, hogy elutasítja Schmitt abszolút és relatív alkotmány közötti megkülönböztetését.⁵⁴⁰ Ugyanis a kleini megkülönböztetések éppen a schmitti alkotmánytan talajáról lennének csak érthetőek. Schmitt alkotmány-fogalmával jobban magyarázhatjuk a vélhetően Klein által is osztott megkülönböztetést a privátjogi intézmények (mint áthagyományozódott, az állam által felismerendő és egy értékalapú döntéssel elismert alkotmány-tartalmak) és a közjogi intézmények (mint az állami akarat alkotmányi törvényben rögzített megnyilvánulásai) között.

Status-quo-garanciák: Schmitt is ismerte már ezt a kategóriát, amely – az intézményi garanciával szemben – nem a fennálló dinamikus folyamatosságát biztosította, hanem egy konkrét helyzet megmerevítését, megőrzését. Schmitt a weimari alkotmány 149. cikkelyének 3. bekezdését, amely a teológiai karok 1919 utáni fennmaradását írja elő,⁵⁴¹ nevezi csuan ilyen status-quo-garanciának.⁵⁴² Elvileg minden intézményi garancia – azok dinamikus jellege ellenére is – status-quo-garanciaként is értelmezhető,⁵⁴³ elvégre – Klein meghatározása szerint – „nem jövőbenit, nem még megalkotandót, lehatárolandót, megformálandót és megszervezendőt, hanem valami jelentalót, adottat, már fennállót, létezőt“ biztosít.⁵⁴⁴

Látható tehát, hogy számos próbálkozás volt az intézményi garancia kategorizálására, definiálására. A weimari köztársaság végefelé – ami után az intézményi garancia valóban más jelentést nyert már – Gerhard Anschütz a weimari közjog definíciós és kategorizációs kísérleteit ekként foglalta össze egyetlen meghatározássá:

„Az intézményi garanciák alkotmányi előírások, amelyek nem vagy nem elsősorban alanyi jogok biztosítására, hanem csak vagy elsősorban bizonyos jogintézmények garantálására szolgálnak, oly módon, hogy az érintett intézményt mint intézményt az alkotmányban rögzítik, anélkül, hogy tartalmát meghatároznák“⁵⁴⁵

Ahogy Thomanal vagy Schmittnél is már láthattuk, az intézményi garancia nem egy konkrét tartalmat véd tehát – mert különben status-quo-garanciáról beszélhetnénk –, hanem az intézmény intézménykénti létét. Az intézményi garancia által védett intézmények konkrét

⁵⁴⁰ Klein 1934, 154skk.

⁵⁴¹ Art. 149 Abs. 3 WRV: „A teológiai karok a főiskolákon megmaradnak.“

⁵⁴² Schmitt 1958, 157sk., Schmitt 1958a, 216.

⁵⁴³ Klein 1934, 191.

⁵⁴⁴ Klein 1934, 190sk.

⁵⁴⁵ Anschütz 1933, 520.

tartalmának meghatározása már a törvényhozó kompetenciája, aki az intézményt nem számolhatja fel, de ezen korlát között tetszőlegesen alakíthatja.

V. 2. 4. 7. A weimari birodalmi alkotmány intézményei⁵⁴⁶

Persze nem csak az intézményi garancia definíciója volt vitatott, de annak kérdése is, hogy milyen intézmények találhatóak a birodalmi alkotmányban. Egyértelmű felsorolás azért nem található egyetlen szerzőnél sem, mert munkáikban két irányból közelítették meg a problematikát: vagy egy-egy intézményt kiválasztottak, és azt elemezve bontották ki az intézményi garancia lényegét, vagy eleve általános definíciót alkottak, és csak példálózó jelleggel említettek meg egy-egy intézményt. Sem az egyik, sem a másik megközelítési mód nem eredményezett azonban egy zárt listát az intézményekről. Schmitt a Verfassungslehreben például az alkotmány 105. cikkelye (a kivételes bíráskodás tilalma), 119. cikkelye (házasság), 127. cikkelye (községi autonómia), 139. cikkelye (szabad vasárnap), 153. cikkelye (tulajdon) és 154. cikkelye (öröklés) kapcsán beszél intézményekről.⁵⁴⁷ Schmitt későbbi cikkeiben e felsorolást kiegészíti még a 102. cikkellyel (bírói függetlenség), a 129. cikkellyel (hivatalnokság), 137. cikkellyel (vallási közösségek) és a 142. cikkellyel (tudomány).⁵⁴⁸

Karl Loewenstein szerint intézmények az alkotmány első részéből is kiolvashatóak, így intézményi garanciát adott volna az 1. cikkelynek (köztársaság), a 2. cikkelynek (birodalmi országterület), a 3. cikkelynek (birodalmi zászlók), a 17. cikkelynek (jogállamiság) és a 20. cikkelynek (német nép képviselői).⁵⁴⁹ Schmitt azonban kritizálta ezt, mert szerinte minden túlságosan kiszélesíti az intézmény fogalmát: „lehet persze bármely tetszőleges törvényi szabályozás normatív hatását garanciaként meghatározni“, de „ezáltal a garancia szó elveszti speciális jelentését“.⁵⁵⁰

⁵⁴⁶ Dennewitz, Schmitt, Anschütz, Klein és Loewenstein elméleteiről összehasonlító táblázatot ld. Menzel 1937, 48.

⁵⁴⁷ Schmitt 2003, 171skk.

⁵⁴⁸ Schmitt 1958, 149skk.

⁵⁴⁹ Loewenstein 1931, 290.

⁵⁵⁰ Schmitt 1958, 153.

V. 3. Intézményi gondolat a nemzetiszocialista jogtudományban

V. 3. 1. Az intézményi garancia felszámolása

V. 3. 1. 1. A nemzetiszocialista intézményi garancia-tan kísérlete

1933 az intézményi garancia-tan szempontjából is fordulópont volt. Mivel a weimari alkotmányt – annak formális érvényben maradása ellenére – több jogász is halottnak nyilvánította,⁵⁵¹ az intézmények is elvesztették alkotmányos jelentőségüket. Carl Schmitt maga is megállapította, hogy „a weimari alkotmány már nem érvényes, így a lényegi fogalmai és *intézményei* sem érvényesek már“.⁵⁵² A felhatalmazási törvény és az ezen törvény alapján elfogadott más törvények olyan mértékben változtatták meg a német államiság lényegét – azaz új politikai döntésként tekinthetünk rájuk –, hogy értelemszerűen kihatott minden a weimari alkotmányban garantált intézményekre is. Az új államiság önmeghatározása szerint is összeférhetetlen volt azzal a gondolattal, hogy lennének a törvényhozó által nem érinthető intézmények.⁵⁵³ Mégis akadt pár szerző, aik megpróbálták az intézményi garancia tanát a nemzeti szocialista jogtudományba – annak megfelelően átértelmezve – átvinni. Bodo Dennewitz és Carl Falck neve említendő meg közülük.

Dennewitz *völkisch* alapon értelmezte újra az intézményeket, amennyiben is a népközösség szolgálatába állította jelentésüket.⁵⁵⁴ Az intézményi garancia eszerint „a nemzeti és szocialista jog- és életrend tartósan létszükségszerű tartalma“, amely a népet és az államot szétválaszthatlanul összekapcsolja.⁵⁵⁵ Dennewitz – amint fentebb írtuk – már a weimari időkben is nacionalista volt, de az intézmény-fogalma a nácik számára még mindig túlságosan konzervatívnak tűnt. A nácik számára ugyanis már az külsődleges korlátként jelent meg – azaz voluntarizmusuk korlátjaként –, hogy az intézmények történelmileg kialakult, áthagyományozódott tartalmak lennének. Dennewitz mégis az intézményi gondolkodás új megnyilvánulását látta a nemzetiszocialista államjogban.⁵⁵⁶ Dennewitz annyiban tett engedményt a voluntarizmus felé, hogy elismerte az 1933-ban akaratlagosan létrehozott új

⁵⁵¹ Ld. pl. Menzel 1937, 32.

⁵⁵² Schmitt 1934, 27. (kiemelés tölem – TP)

⁵⁵³ Mainzer 2003, 91.

⁵⁵⁴ Dennewitz 1935a, 956.

⁵⁵⁵ Dennewitz 1935a, 957.

⁵⁵⁶ Dennewitz 1935a, 957.

intézmények kapcsán is azok intézményi garanciáját.⁵⁵⁷ A következő intézményekről lenne szó: Führer, birodalmi zászló, egységállam, Wehrmacht, NSDAP.⁵⁵⁸

Carl Falck szintén megpróbálta az intézményi garancia tanát a nemzetiszocialista jogtudományba átemelni, amennyiben is azokat eleve a népintézményekként (*Volkstumseinrichtung*) értelmezte: azaz a néptől, annak akaratából és történelméből származnak az intézmények.⁵⁵⁹ Az intézmények „a többségi népvélemény értelmében a német jog tartos, létszükségszerű tartalma“, azaz az állam e tartalmakat azért fogalmazza meg intézményekként, mert a nép ezeket ekként ismeri el.⁵⁶⁰ Falck egyértelműen a népet tartotta a jogélet központi kategórijának,⁵⁶¹ amely fogalomban egyszerre jelenhet meg a hagyomány (történelem) és az akarat (jelen). A jogalkotónak és a jogalkalmazónak így minden a népből kiindulóan, annak akaratát kutatva, kell a jogot alkotnia, alkalmaznia, értelmeznie. Falck szerint a bírónak akár a népdal-kincsre is vissza kell nyúlnia, hogy abból ismerje meg azon népszellemet, amely a jog forrása és mércéje.⁵⁶² Falck azonban olyannyira a nemzetiszocialista jogtudomány szolgálatába akarta állítani saját intézmény-fogalmát, hogy gyakorlatilag teljesen kiszolgáltatta az állami voluntarizmusnak, amennyiben is leszögezte: az intézmények nem nyújták „egy meghatározott élettér alkotmányjogi védelmét az állam mindenhatóságával szemben“.⁵⁶³

V. 3. 1. 2. Az intézményi garancia elutasítása

Két okból is érthető, miért utasította el a nemzetiszocialista jogtudomány többsége egyértelműen az intézményi garancia, akár *völkisch* alapokon módosított tanát is. Egyrészről egy autoriter államnak nincs szüksége korlátokra, pláne nem áthagyományozódott korlátokra;⁵⁶⁴ másrészről – és ez maguknak a náci jogászoknak volt a fő érvük – egy olyan államban, amely éppen az állam és a nép közötti különbséget áthidalni akarta, fogalmilag kizárt, hogy az állam a nép számára bármit garantáljon:⁵⁶⁵ a nemzetiszocialista államtan értelmében ugyanis a nép és az állam egyet jelent.⁵⁶⁶ Eberhard Menzel ennek alapján elvetette az intézményi garanciát, bebizonyítva, hogy a tan azon liberális jogállam elmélete, amelyet a

⁵⁵⁷ Dennewitz 1935a, 956.

⁵⁵⁸ Dennewitz 1935b, 237.

⁵⁵⁹ Falck 1935, 70.

⁵⁶⁰ Falck 1935, 74.

⁵⁶¹ Falck 1935, 76.

⁵⁶² Falck 1935, 78.

⁵⁶³ Falck 1935, 74.

⁵⁶⁴ Mager 2003, 67.

⁵⁶⁵ Menzel 1937, 76.

⁵⁶⁶ Menzel 1937, 46.

nemzetiszocialista állam meghaladni kíván. Menzel elismerte persze Dennewitz igyekezetét, amivel megpróbálná az intézményi garancia tanát a nemzetiszocialista jogtudomány számára is használhatóvá tenni,⁵⁶⁷ de szerinte fogalmilag kizárt egy ilyen párosítás sikere, ugyanis a nemzetiszocialista államban elképzelhetetlen az állami akarat bármiféle korlátozása.⁵⁶⁸ Menzel ítéletével és cikkével tehát végleg eltűnt a nemzetiszocialista jogirodalomból az intézményi garancia gondolata. Miközben az intézményi gondolkodás új értelmet és jelentést nyert.

V. 3. 2. Rend-gondolat mint a pozitivizmus nemzetiszocialista meghaladása

A nemzetiszocialista jogtudomány csak az intézményi garancia gondolatát vetette el, de az intézményi gondolkodás – mint a jogpozitivizmus meghaladásának lehetősége – nem volt idegen tőle. Ezen intézményi gondolkodás azonban nem az intézményi garancia tanának folytatása, hanem a fentebb bemutatott Savigny- és Hauriou-féle intézményelméletek rasszista továbbgondolkodása.

1945 után többször felmerült, hogy a weimari kor jogtudományának pozitivizmusa miatt lett volna védtlen a német jogászság a nemzetiszocialista voluntarizmussal szemben,⁵⁶⁹ holott a nemzetiszocializmust magát is erősen meghatározta a pozitivizmus természetjogias kritikája.⁵⁷⁰ Azaz nem a pozitivizmus túlhajtása, hanem annak meghaladási kísérleteként lehet inkább tekinteni a nemzetiszocialista jogtudományra.⁵⁷¹ A nemzetiszocialista jogászok maguk is bírálták a pozitivizmust, mondván a pozitivizmus miatt a jog elszakadt a nép tényleges valóságától. Metapozitivista kísérletek így kiváltképp jellemzétek a nemzetiszocialista jogirodalmat: a konkrét rend (Schmitt) és a konkrét fogalmak (Larenz) gondolata irányult arra, hogy a jogot minél inkább konkrét eszközként és ne absztrakt eszmeként fogalmazzák újjá, amely egyidejűleg az állami voluntarizmus számára is nagyobb teret biztosított.

⁵⁶⁷ Menzel 1937, 52.

⁵⁶⁸ Menzel 1937, 61. et passim.

⁵⁶⁹ Ezellen Walther 1989, 323skk.

⁵⁷⁰ Minderről ld. Wittreck 2008.

⁵⁷¹ Vö. Schlink 1991, 171.

V. 3. 2. I. Konkrét rend-gondolat

Carl Schmitt, aki az intézményi garancia elméletét kidolgozta, 1933. április elején – május elsejei hatállyal – belépett az NSDAP-ba,⁵⁷² evvel a megelőző elnöki kabinetek koronajogásza az új hatalomhoz csatlakozott.⁵⁷³ 1934-ben Schmitt megjelentetett egy kis könyvet, amiben egy nemzetiszocialista intézményelméletet dolgozott ki, amelyet konkrét rend-gondolatnak nevezett el (*konkreter Ordnungsdenken*). Schmitt e könyvben abból indul ki, hogy minden jogfogalmat bizonyos jogi felfogás – normatív, decizionista vagy konkrét-rend-szerű – határoz meg.⁵⁷⁴ Schmitt szembemenve korábbi decizionizmusával – elvégre a Verfassungslehrében még egyértelműen a döntést jelölte meg a jog okaként –, elkötelezte magát egy rasszista alapvetésű intézménytan mellett,⁵⁷⁵ ami persze hasonlóságot mutatott fel Hauriou és Savigny tanával is.⁵⁷⁶

Schmitt 1934-es könyve értelmében a jog nem önkényesen tételezett norma (azaz elveti a pozitivizmust), hanem a minden népben immanens rend, amiből az egyes jogintézmények levezethetők. Schmitt egyfajta kulturdeterminista álláspontot képviselt, amennyiben is a különféle népeket és rasszokat különféle gondolkodási típusokkal kapcsolja össze, s közben – ami amúgy tudományos könyveiben ritka – antiszemizmusa is megjelenik.⁵⁷⁷ Noha a mű a mai jogtudomány számára is használható kijelentéseket tartalmaz, több okból a mai napig is nemzetiszocialistának számít,⁵⁷⁸ pedig az alapgondolat, hogy a norma a rend eszköze,⁵⁷⁹ és az egyes jogintézmények e rendnek megfelelően szabályozandók és értelmezendők, se nem genuin nemzetiszocialista, se nem egészen új gondolat.⁵⁸⁰ Éppen emiatt lehetséges a nemzetiszocialista jogelméletet – Bernd Rüthers alapján – „neo-természetjoginak“ is nevezni.⁵⁸¹

A konkrét rend-gondolat jogintézményei egy adott renddé állnak össze. Az állam feladata, hogy az egyes élethelyzetek belső rendjét figyelembe vegye; a normák, azaz a törvényhozás termékei nem írhatnak elő mást, mint ami az egyes élethelyzetekben már adott, jelen van. Azaz az egyes élethelyzetek magukban hordozzák önnön szabályozásukat.⁵⁸² A nemzetiszocialista jogtan, hasonlóan Schmitthez, oldani akarta a pozitivizmus absztraktságát.

⁵⁷² Schmitt náci fordulatának esetleges okairól ld. Techet 2012.

⁵⁷³ Mehring 2009, 304skk.

⁵⁷⁴ Schmitt 1993, 7.

⁵⁷⁵ Schmitt 1934a, 227.

⁵⁷⁶ Schmitt 1993, 37., 45.

⁵⁷⁷ Schmitt 1993, 9.

⁵⁷⁸ Gross 2005, 108skk.

⁵⁷⁹ Schmitt 1993, 11. et passim.

⁵⁸⁰ Rüthers 1991, 294.

⁵⁸¹ Rüthers 1988, 65.

⁵⁸² Schmitt 1993, 17. et passim.

Bernd Rüthers szerint a nemzetiszocialista jogtudomány célja általánosságban – és a konkrét rend-gondolaté különösen – a pozitivizmus fellazítása, ami azonban a jogbiztonság felszámolásához és az állami önkényhez vezetett.⁵⁸³

V. 3. 2. 2. Konkrét jog-fogalmak

Karl Larenz célja is az volt, hogy oldja a jogélet jogpozitivizmus miatt keletkezett absztraktságát, és ezért a népet tette volna meg ő is a jog központi kategóriájává.⁵⁸⁴ Szerinte egy valódi német jogtudománynak az a feladata, hogy „zárja a nép és a joga közötti szakadékot”,⁵⁸⁵ amennyiben is a jogot nem absztrakt szabályokból, hanem a népben immanens rendből vezetné le.⁵⁸⁶ Ahogy írja: „Minden jog a közösségi élet kifejeződése és ezért *völkisch meghatározott*,”⁵⁸⁷ és „a jog nem pusztán [...] előírások összessége, [...] hanem [...] népünk saját rendje”,⁵⁸⁸ mert „a jog [...] a nép valódi életrendje”.⁵⁸⁹ A jog egésze tehát eleve következne a közösségből, így csupán az egyénnel – a közösségnak magát alávetni nem akaró egyénnel – szemben ígényli az erőszakos kényszerítést. Nem a közösséggel, csak az egyénnel szemben kényszerítendő ki a jog, mert az eleve azt írja elő, ami a közösségenben célként és eszmeként adott.⁵⁹⁰ Az egyén feladata nem más, mint betagolódni a néprendbe: „Az egyén jogi helyzetét illetően nem a személyisége a lényeges immár, hanem az ő konkrét betagózodottsága [Gliedsein].”⁵⁹¹ Amennyiben is az egyén „például paraszt, katona, szellemi munkás – házastárs, családtag, állami hivatalnok”,⁵⁹² aláveti magát a közösség, illetve a közösség formálta intézmények (család, házasság, hivatalnoki réteg stb.) belső, adott rendjének.

E tan sok hasonlóságot mutat azon szociológiai intézményelméettel, amely szerint az intézmények az egyének társadalmi szerepei számára szolgálnak keretül; Larenz ezt azonban nem csupán leíró, de sokkal inkább normatív értelemben állapítja meg, azaz az egyén kötelezhető is akár arra, hogy társadalmi szerepének megfelelően – értsd azon rendnek megfelelően, amelynek része – viselkedjék:

⁵⁸³ Rüthers 1988, 27., Rüthers 1991, 298sk.

⁵⁸⁴ Larenz 1934, 15. et passim.

⁵⁸⁵ Larenz 1934, 3.

⁵⁸⁶ Larenz 1934, 19f.

⁵⁸⁷ Larenz 1934, 20. (kiemelés az eredetiben)

⁵⁸⁸ Larenz 1938, 10.

⁵⁸⁹ Larenz 1938, 27.

⁵⁹⁰ Larenz 1934, 26., 29.

⁵⁹¹ Larenz 1934, 40.

⁵⁹² Larenz 1934, 40.

„Közösségek, mint a család vagy az üzem, a népközösség csoportosulásai kérődő közvetlenül olyan jogi rendet jelentenek, amelynek nincs szüksége törvényi megerősítésre. Meg van az erejük, hogy a lényegükkel szembenálló absztrakt-általános törvényi normákat annyira visszaszorítsák, amennyire ezt az ő különösségek és völkisch feladatuk szükségessé teszi.”⁵⁹³

Larenz elismeri persze, hogy ezzel oldja a jogbiztonságot,⁵⁹⁴ de azt eleve egy absztrakt kategóriának tartotta, amely nem engedi a konkrét rend változó és dinamikus megnyilvánulását. Ezért van szükség konkrét jog-fogalmak alkotására, amelyek megfelelnek a néprendnek.⁵⁹⁵ „Az egyes [így képzett - TP] jogi előírások nem azért érvényesek, mert állami törvény írja elő őket, hanem mert egy előre adott, metapositív *fogalomból* [...] levezethetőek.”⁵⁹⁶ Mivel e tan az állami voluntarizmust is meg akarná haladni (elvégre a pozitivizmus és a voluntarizmus összefügg), érthető, hogy e tan se tudott kizárolagosan elfogadottá válni a nemzetiszocialista Németországban.

⁵⁹³ Larenz 1938, 31.

⁵⁹⁴ Larenz 1938, 33.

⁵⁹⁵ Larenz 1938, 45skk.

⁵⁹⁶ Rüthers 1988, 82. (kiemelés eredetiben)

V. 4. Az intézményi garancia tana a bonni köztársaságban

Noha sem az alkotmányozó Parlamenti Tanács jegyzőkönyveiben, sem a Grundgesetz szövegében nem fordul el az intézményi garancia kifejezése, a tant a második világháború után – ráadásul már a Grundgesetz hatályba lépése előtt⁵⁹⁷ – átvette és továbbgondolta a bonni köztársaság jogtudománya.⁵⁹⁸ Explicit módon azonban csak egyetlen tartományi alkotmányban jelent meg, mégpedig az (alkotmányjogilag helytelenül) újraegyesülésnek nevezett folyamatsorozat után született szászország-anhalti alkotmányban.⁵⁹⁹

Ez azonban nem jelenti azt, hogy a Grundgesetz értelmezésénél és rendszerezésénél ne jött volna elő igen korán a fogalom. A bonni köztársaság alkotmányjoga más téren is erősen inspirálódott Carl Schmitt előmunkálataiból. A konstruktív bizalmatlansági indítvány vagy az alkotmány lényegi magjának megváltoztathatatlanさga vagy az eredeti alkotmányszöveg értelmében még minden politikai menekült előtt nyitva álló menekültjog egyértelműen Schmitt hatását mutatja.⁶⁰⁰ Reinhard Mußgang egyenesen azt állította, hogy „a bonni alaptörvény atyái őt [Carl Schmittet] és az ő alkotmánytanát követték.”⁶⁰¹ Ha ez így felettesebb túlzó kijelentés is, tény, hogy az intézményi garancia tanának bonni megjelenésénél a szerzők mind hivatkoztak Schmittre.

V. 4. 1. Intézményi garancia és a Grundgesetz

Ulrich Scheuner azon szerzők közé tartozott, akik igen korán átemelték a weimari jogtudományból a bonniba az intézményi garancia gondolatát. Scheuner „közjogi berendezkedések alkotmányjogi biztosítékaként” definiálta az intézményi garanciát.⁶⁰² Különbséget tett szabadságjogok, intézményi garanciák, a közösségi élet rendjének védelme,

⁵⁹⁷ Stern 1988, 763.

⁵⁹⁸ Abel 1964, 27.; Mainzer 2003, 99. et passim.

⁵⁹⁹ Art. 3 Abs. 2: „A következő berendezési garanciák arra kötelezik az országot, hogy védjék ezen berendezkedésekét, és azok tartalmát és fejlődését garantálják.” (Mindehhez ld. Reich 1994, 59sk.) A sachsen-anhalti alkotmány értelmében a következő védendő berendezkedések ismertek: család, házasság, gyerek, oktatás, iskola, oktatási rendszer, etika- és hittan, főiskolák, vallási és egyéb világszemléleti közösségek, valamint szabad jótékonykodás. (Reich 1994, 137skk.)

⁶⁰⁰ van Laak 1993, 158skk.

⁶⁰¹ Mußgnug 1988, 519.

⁶⁰² Scheuner 1978, 672.

alkotmányjogi vezérelvek és szociális alapjogok között. Természetesen 1945 után sem sikerült egyetlen kategórizációt uralkodó álláspontként elfogadtatni.⁶⁰³

A tan amúgy egykoron a weimari alkotmány hibáinak korrekciójaként született: a birodalmi alkotmány második része nem volt koherens, valamint eleve hiányoztak azok a tételes jogi szabályok, eszközök, intézmények, amelyek az alkotmány törvényhozás útján történő kiüresítését akadályozták volna meg, azaz az alkotmányos rend egésze a weimari köztársaságban védtelen maradt. Az intézményi garancia tana gyakorlatilag erre a problémara adott egyfajta, pozitív jogilag nehezen igazolható (mert az alkotmányszövegből nem kiolvasható, azaz a pozitivizmust meghaladó) választ, megoldást. Mivel tehát a weimari alkotmányban nem volt benne e tan (azaz nem egy értelmezési vagy episztemológiai kérdésről volt szó), az intézményi garancia tana ontológiaileg jelent meg, amennyiben is a jogtudósok eleve az intézmények létevel, eredetével foglalkoztak, így próbálva úgymond „az alkotmány elé kerülni“. A Grundgesetz azonban már számos olyan szabályt, eszközt vezetett be, fogalmazott meg explicit módon, amelyek miatt egyesek az intézményi garancia kérdéskörét immár megoldottnak látták. Mindazonáltal ez pusztán az intézmények ontológiai kérdését oldotta meg; a bonni köztársaságban az intézmények kapcsán főleg azok értelmezése vált központivá.⁶⁰⁴

V. 4. 1. 1. Jogi intézmények

Friedrich Klein kivételével minden jogász elfogadta, hogy a tan jogi intézményeket véd, azaz olyan intézményeket, amelyek vagy eleve megjelennek a jogszabályokban, vagy azokból legalábbis kiértelmezhetőek. Ez azért fontos, mert Klein viszont kísérletet tett arra, hogy „társadalmi tényállásokra“ (*Sachverhalt*, s nem a jogias *Tatbestand* értelemben értve a tényállást) kiterjessze az intézményvédelmet.⁶⁰⁵ A jogintézmény eszerint nem lenne más, mint „egy társadalmi tényállás jogi elismerése“.⁶⁰⁶ Ezt azonban elutasította a bonni jogtudomány többsége.⁶⁰⁷ Stern szerint „[i]sztán tényleges intézmények, társadalmi tényállások vagy életformák [...] nem lehetnek intézményi garancia tárgyai.“⁶⁰⁸

⁶⁰³ Stern 1988, 769., 776.

⁶⁰⁴ Schmidt-Jortzig, 1979, 23.

⁶⁰⁵ Klein 1966, 84skk.

⁶⁰⁶ Klein 1966, 85.

⁶⁰⁷ Stern 1988, 787.

⁶⁰⁸ Stern 1988, 785. (kiemelés eredetiben)

V. 4. 1. 2. Intézmények védelme

A Schmitt által eredetileg kidolgozott tan értelmében az intézmények államilag tételezett alkotmánytartalmak voltak, amelyek – éppen mert nem az alkotmányozó döntésnek, hanem az alkotmányi törvénynek a részei – „csak“ a törvényhozóval szemben élveztek védelmet. E tan a schmitti alkotmányelméletbe illeszkedett: csak a schmitti megkülönböztetés (Verfassung, Verfassungsgesetz) alapján volt értelmezhető a kétszintű védelmi rendszer (alkotmánygarancia az állam-előtti alapjogoknak, alkotmánytörvényi garancia az államilag tételezett intézményeknek). E schmitti megkülönböztetés azonban a Grundgesetz mellett okafogyottá vált, mert eleve az alkotmányszövegen jelentek meg azon védelmi mechanizmusok, amelyeket Schmitt a weimari alkotmányból nem tudva kiolvashatni elméletileg alkotott meg. Mindazonáltal a schmitti megkülönböztetés ellen szólt az az érv is, hogy az lehetővé teszi a pozitív alkotmányjog metapositív érvekre való hivatkozással történő megkerülését.

A schmitti megkülönböztetés feladását a bonni köztársaságban az is indokolhatja, hogy a Grundgesetz több szabálya, főleg a Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG) és az Ewigkeitsklausel (Art. 79. Abs. 3 GG) megvalósítja azt a védelmi szintet, amit Schmitt még csak értelmezéssel tudott elérni a weimari időkben. Azaz az alkotmányvédelem immár pozitívjogi szabályozásként jelenik meg, így a védelem szintje a schmitti kettős alkotmányfogalom feladásával gyakorlatilag nem csökken, hanem növekszik.

V. 4. 1. 3. Garanciatartalmak

Ute Mager a maga osztályozásánál megpróbál kilépni a szokásos sémákból, és – Robert Alexy nyomán, aki az intézményeket a polgárok számára fenntartott kompetenciakeretekként fogta fel – autonómiabiztosítást lát az intézményvédelemben: (1) A jogintézménygarancia „egy normakomplexum léteként“, „jogviszonyok szabad rendezésének előfeltételét“ jelentené, (2) az intézménygarancia pedig „e jogi formák és szervezetek tényleges fennállását és működését *is* garantálják“.⁶⁰⁹

A valósághoz való viszony nem ontológiai, hanem a garancia tárgyában jut kifejezésre. Mivel a magánjogi jellegű berendezkedések Alexy elméletében kompetencianormákat foglalnak egybe, amelyeket aztán a polgárok töltenek ki – valósítanak meg –, így nem a tényleges hatást, hanem a kompetencianormák meglétét kell védeni: „A tulajdon normái nélkül nincs

⁶⁰⁹ Mager 2003, 410, 411. (kiemelés tölem – TP)

tulajdon jogi értelemben, a házassági jog normái nélkül nincs házasság jogi értelemben, stb.”⁶¹⁰ A tulajdon és a házasság, ontológiaileg nézve nem az állam alkotásai, de az államnak a polgár számára biztosítania kell azon jogi kereteket, amelyek között e társadalmi jelenségek jogi rangot nyerhetnek (*jogintézménygarancia*). Ezzel szemben az intézményi garancia éppen olyan berendezkedéseket garantál, amelyek ontológiaileg nézve az állami akarat révén léteznek, ott tehát a valóságosságukat, megvalósulásukat kell garantálni: nem elég, hogy az állam normakomplexumokat rendelkezésre bocsát, de azok tényleges kitöltését, azaz megvalósulásukat is garantálnia kell. Az intézményi garancia az autonómia tényleges lehetőségeinek garanciája – ellentétben a jogintézménygaranciával, amely a normák rendelkezésre bocsátását jelenti –, így Mager azt javasolja, hogy az intézményi garanciát „intézményi autonómiagaranciává” nevezzük át.⁶¹¹ Másképp megfogalmazva: (1) a jogintézménygarancia esetében a polgárok valósítják meg a normát, amennyiben is igénybe veszik – elvégre az állam maga nem tud házasságot kötni, de rendelkezésre bocsáthatja az ahhoz szükséges normákat –,⁶¹² (2) az intézményi autonómiagarancia esetében pedig az állam elkötelezi magát, hogy megteremti a normák ténylegességét, azaz érvényre juttatja azokat. Mindez arra vezethető vissza, hogy az jogintézménygaranciával védett intézmények állam-előttiek, nem az állami akarat hozta létre őket,⁶¹³ míg az intézményi autonómiagarancia védte intézmények az állam alkotásai.

[12. ábra]

összehasonlítás⁶¹⁴

	<i>ontológiaileg</i>	<i>Garanciatartalom</i>
intézménygarancia	állam-előtti	normatív (normatételezés)
intézményi garancia	állami	normatív + faktuális (normatételezés + megvalósítás)

⁶¹⁰ Alexy 1994, 442.

⁶¹¹ Mager 2003, 411.

⁶¹² Mager 2003, 437.

⁶¹³ Ezen elismerés a normák rendelkezésre bocsátása révén történik.

⁶¹⁴ Sem Ute Mager, sem Robert Alexy nem hangsúlyozza az intézmények ontológiai állam-előttiségét.

Az állam számára más kötelezettséget keletkeznek aszerint, hogy az autonómiát ki kell-e alakítania (intézményi garancia), vagy egyszerűen a megvalósuláshoz szükséges normakeretet kell „csak” biztosítania (jogintézménygarancia).

*V. 4. 1. 4. Alapjog-közeli*ség

Klein különbséget tesz „közeli” és „nem-közeli” intézményi garancia között, aszerint, hogy lényegüket meghatározza-e egy alapjog, vagy sem.⁶¹⁵ Már a weimari korszak alkotmányjoga is – például Carl Schmitt⁶¹⁶ – felismerte, hogy egyes intézmények és alapjogok összefügghetnek. Mivel azonban a weimari jogtudomány nem dolgozott ki még egyértelmű alapjog-dogmatikát, így az alapjogok és az intézmények összefüggései a bonni köztársaság időszakában lettek először igazán kimutatva: „Az intézménygaranciának az alapjogi tartalmat nem gyengíteni, hanem erősíteni kell.”⁶¹⁷ Nem csak arról van szó, hogy az intézményi garancia erősítheti az alapjogi tartalmat, de egyben alapjogok is levezethetőek az intézményi garanciákból.⁶¹⁸ Az intézményi garancia feladata tehát az alapjogok érvényének erősítése.⁶¹⁹

Az intézmények alapjog-közelisége szorosan összefügg az előző alfejezetben tárgyalt témaival, ahol kimutattuk, hogy az intézményeknek – hasonlóan az alapjogokhoz – autonómiavédelmi szerepük van, azaz védnek az állami behatások ellen.⁶²⁰ Robert Alexy odáig megy az értelmezésben, hogy szerinte az intézmények mint kompetencianorma-komplexumok gyakorlatilag az alapjogok (mint kompetenciák) előfeltételei.⁶²¹ Az intézmény tehát kompetenciaelőfeltétel, mert az intézmények biztosítják az alapjogok érvényesíthetőségének normatív feltételeit, azaz az egyén által kitöltendő szabályozási kereteket.⁶²²

E normák adnák az alapjogok objektív oldalát. Ebből következően gyakorlatilag az alapjogokat tekinthetjük az intézmények valódi tartalmának.⁶²³ Az alapjog ennek értelmében nem más, mint az intézményekben és az intézmények által objektíve rögzített tartalmak szubjektív igénybevétele. Ezen nézetet főleg Heinrich de Wall képviselte, de nem vált uralkodó nézetté, ráadásul az egyes intézmények között jelentős különbségek vannak azok

⁶¹⁵ Klein 1966, 86.

⁶¹⁶ Abel 1964, 35.

⁶¹⁷ Stern 1988, 873.

⁶¹⁸ Stern 1988, 874.

⁶¹⁹ Stern 1988, 795. et passim.

⁶²⁰ de Wall 1999, 388.

⁶²¹ Alexy 1994, 442. et passim.

⁶²² Mager 2003, 449. et passim.

⁶²³ de Wall 1999, 387.

alapjog-közöliségét illetően, így nem lehet általánosságban valamennyi intézményt mint az alapjogok objektív előfeltételeit definiálni.

V. 4. 1. 5. Egyes intézmények felsorolása a Grundgesetzből

Ahogy a weimari, úgy a bonni és a jelenlegi berlini köztársaságban sem teljesen eldöntött, hogy a Grundgesetz mely részei alkotnának intézményeket. Klaus Stern felsorolása szerint a Grundgesetz a következő intézményeket garantálja jelenleg: oktatás (Art. 7 GG), azon belül különös tekintettel a vallási oktatásra (Art. 7 Abs. 3 GG), tudományszabadság (Art. 5 Abs 3 GG), állampolgárság (Art. 16 GG), vallási közösségek (Art. 4, Art. 140 GG),⁶²⁴ kommunális önigazgatás (Art. 28 Abs. 2 GG), hivatalnokság (Art. 33 Abs. 5 GG), pártok (Art. 21),⁶²⁵ bírói kar (Art. 97skk GG); valamint a következő jogintézményeket: házasság, család (Art. 6 Abs. 1 GG), szülői gondosság és felelősség (Art. 6. Abs. 2, 3 GG), tulajdon (Art. 14 GG). Lehetséges intézmények még.⁶²⁶ szabad művészet (Art. 5 Abs. 1, S. 2 GG), sajtó (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG), egyesületek (Art. 9 Abs. 1 GG), bérmegállapodási rendszerek (Art. 10 Abs. 3 GG).

V. 4. 2. Intézményi alapjog-elmélet

Az alapjogokról, azok feladatáról és államon belüli helyéről különféle felfogások ismertek. Amint láttuk, Carl Schmitt kezdetben például az individuális felfogás híve volt, amennyiben is az alapjogokat államilag nem behatárolható szabadságokként definiálta. Éppen azért vezette be az intézmények kategóriáját, hogy az alkotmány államilag alkotott és behatárolható, de védelemre szoruló részeit elkülönítse az állam által érinthetetlen alapjogoktól. Maga Schmitt is oldotta későbbiekben a szabadság és az intézmény ilyen szigorú szembeállítását. A szabadság és az intézmény szintézisét – ahol a szabadság intézményileg garantált – Peter Häberle alkotta meg a bonni köztársaságban az ún. intézményi alapjog-tanával. Ennek persze voltak már a weimari időszakban is előfutárai, főleg Rudolf Smendre gondolhatunk, aki az alapjogokat nem elkülönült, érinthetetlen szabadságokként, hanem a polgár részvételi jogaiaként⁶²⁷ definiálta.⁶²⁸ Csak a közösségileg összatartozó polgárok esetében volt lehetséges

⁶²⁴ Stern 1988, 797ff.

⁶²⁵ Stern az intézmények között helyeznél a szövetségi alkotmánybíróságot, a szövetségi legfelsőbb bíróságot, a szövetségi számvevőszéket és a szövetségi jegybankot. (Stern 1988, 796sk.)

⁶²⁶ Stern 1988, 832sk.

⁶²⁷ A részvételi jog kifejezésével nem szociális jogokra gondolunk, hanem azt akarjuk kifejezni, hogy az intézményi értelemben vett alapjogok jelölik ki az egyének helyét a társadalomban.

⁶²⁸ Smend 1968b, 316skk.

az államot egyetlen egységgé integrálni, így az alapjogok éppen nem az állam ellen hatottak, hanem kijelölték a polgár helyét az állami integrációban belül.⁶²⁹ Ezen célnak lennének az alapjogok Häberlénél is alárendelve. Häberle szerint a szabadság nem korlátlan és nem korlátozhatatlan, hanem rendezett: az alapjogok adják ki azt a rendet, amibe a polgár betagozódik.⁶³⁰ Az alapjogok így egyrérszről „egy már megvalósult, szabadságalapú rend kifejeződési” (szubjektív oldal), másrészről ezen rend előfeltételei (intézményi oldal).⁶³¹ Az alapjogok nem korlátozhatatlanok, mert tartalmuk, feladatuk és céljuk eleve a társadalmi összegész által meghatározott, ami már eleve behatárolásukat jelenti. Az alapjogok határai azonban nem önkényes korlátozások, hanem immanensen vannak jelen az alapjogokban: csak ha behatárolhatóak az alapjogok, tudnak egy nagyobb össz-egésszé összeállni:

„Az alapjogok mint szubjektív közhogyi jogok révén válnak az egyének az objektív élethelyzetek rajtuk túlmutató részévé, ezen élethelyzetekben élnek és hatnak, és ez jelöli ki számukra azon helyet, amelyről feladatukat, »hivatásukat« teljesíteniük kell.”⁶³²

Ezen felfogás – ahol is az alapjogok pozíciófüggő részvételi jogok és kötelezettségek – erős hasonlóságot mutat – a *völkisch* hangnemet leszámítva – Lorenz fentebb ismertetett elméleteivel. Hasonlóan Lorenz felfogásához, Häberle szerint sem az egyén miatt garantáltak az alapjogok, nem az egyént védik állammal szemben, hanem az egyén helyét jelölik ki az államon belül.⁶³³

E felfogásban gyakorlatilag az alapjogok feladata megfelel az intézményi garancia céljának. Amennyiben az alapjogokat – mint korlátozhatatlan szabadságok – az állam pusztán fel- és elismerni köteles, az intézményi garanciára van szükség ahoz, hogy az állam ne essék szét korlátozhatatlan szabadságokra, hanem az intézmények folyamatossága mellett védelmet és egységet élvezhessen. Häberlénél azonban éppen az alapjogok adják az állam körvonalait, a behatárolt alapjogok állnak össze azzá, amit államnak nevezhetünk. Az alapjogok révén nyeri el „az alkotmány fogalmilag *önnön* garanciáját, azaz a garanciát az egyszerű törvényhozóval szemben”.⁶³⁴ Az alapjogok tehát Häberle szerint mint az egyének behatárolt és behatárolható részvételi jogai nem az államilag érinthetetlen szabadságot, hanem az állami összetartozást biztosítják: az államon belül az alapjogok jelölik ki az egyén helyét, feladatát, hivatását.

⁶²⁹ Smend 1968b, 323.

⁶³⁰ Böckenförde 1974, 1532sk.

⁶³¹ Häberle 1983, 4.

⁶³² Häberle 1983, 98.

⁶³³ Häberle 1983, 21.

⁶³⁴ Häberle 1983, 42. (kiemelés tőlem – TP)

V. 4. 3. Intézményi garancia meghaladva megőzése

Az intézményi garancia tanának megjelenése a weimari köztársaság idejében egészen konkrét, gyakorlati problémákra vezethető vissza: az alkotmány második része inkoherens volt, ill. az egész alkotmány védtelen volt az alkotmánymódosító alkotmánymegsemmisítéssel szemben.⁶³⁵ Mert nem volt az alkotmányvédelem semmilyen formában sem pozitív jogként rögzítve, szükségessé vált, hogy a pozitív jogon *tül*, értelmezéssel alkossanak alkotmányvédelmet. Schmitt a problémát kezdetben úgy oldotta meg, hogy az alapjogokat határozta meg az alkotmány érinthetetlen lényegeként, valamint az alkotmány más, lényegi, törvényhozás által nem érinthető szabályait intézményekként foglalta össze.

V. 4. 3. 1. A probléma feloldása

A Grundgesetz alatt azonban e problémák már nem voltak adottak.⁶³⁶ Ennek értelmében az intézményi garancia tana a német alkotmánytörténet egy meghatározott korszakához tartozna csak, és azon korszak problémáinak elmultával meghaladottá vált volna.⁶³⁷ A Grundgesetz érvénye mellett azért nem lenne szükség egyes szabályokat intézményekként összefoglalni, mert a Grundgesetz koherenciája és önvédelme tételes jogi szabályokkal biztosított, azaz átkerült a pozitív jogba.⁶³⁸ Éppen a weimari alkotmány tapasztalatai okán lettek bizonyos védelmi mechanizmusok a bonni alkotmányba beépítve; ergo az alkotmányvédelem célját a weimari köztársaság idején jogértelmezéssel (akár a tételes jogon is túllépve) lehetett elérni – amint a történelem bizonyította: ez nem volt kielégítő –, míg a Grundgesetzen pozitív jogként jelent meg.

V. 4. 3. 2. Intézményi garancia pozitiválása?

A Grundgesetz egyes szabályai (Art. 1. Abs. 3, Art. 19 Abs. 2, Art. 20 Abs. 3 und Art. 79 Abs. 3 GG) az alkotmányvédelem és alkotmánykoherencia kifejeződéseinek számítanak, és így az intézményi garancia pozitiválódásaként is tekintenek rájuk.⁶³⁹ Ezen értelmezés szerint e szabályok okafogyottá teszik egy önálló intézményi garancia-tan léttét.⁶⁴⁰ E szabályok

⁶³⁵ Schmidt-Jortzig 1979, 14skk.

⁶³⁶ Mainzer 2003, 182.

⁶³⁷ Waechter 1996, 48sk.

⁶³⁸ Waechter 1996, 62. et passim.

⁶³⁹ Mainzer 2003, 183.

⁶⁴⁰ Dürig 1953, 337.

azonban valójában nem veszik át teljesen az intézményi garancia feladatait, mert más alkotmányi feladatot töltenek be. Például a Grundgesetz 19. cikkely 2. bekezdése alapjogokat, de nem intézményeket garantálja.⁶⁴¹ E szakasz ugyanis Schmitt liberális-individuális alapjogtanához áll közel (ami szerint az alapjogok korlátozhatatlanok és az alkotmány lényegét adják), és nem a történelmileg áthagyományozódott intézmények védelmét biztosítja.⁶⁴² Vagy a Grundgesetz 79. cikkely 3. bekezdése eleve az alkotmánymódosításokkal szemben nyújt védelmet, miközben az intézményi garancia pusztán a törvényhozástól véd.⁶⁴³ Az intézményi garancia alacsonyabb védelmi szintet jelent ezért, mint például a Grundgesetz 19. cikkely 3. bekezdése.⁶⁴⁴ Ráadásul vannak olyan intézmények, amelyek eleve nem egy alapjoggal vannak összekötve⁶⁴⁵ (a pártok, a helyi közigazgatás, a hivatalnokság, a bírói kar) – egyfajta határvonal persze eleve nehezen húzható⁶⁴⁶ –, így a Grundgesetz 19. cikkely 2. bekezdése és 79. cikkely 3. bekezdése azokra nem is terjedhetne ki. Ezen intézmények védelmében van szükség az intézményi garancia tanának megtartására.⁶⁴⁷ Elvileg a Grundgesetz 20. cikkely 3. bekezdése – amelynek értelmében a törvényhozás az alkotmányos rendhez kötött – az alapjogokkal kapcsolatban nem álló intézmények számára is megfelelő, tételes jogi védelmet nyújthatna.⁶⁴⁸ Mindazonáltal kérdéses, hogy meddig terjed például az alapjogokkal összefüggő magánjogi intézmények (házasság, stb.) alkotmányos védelme. Például az uralkodó vélemény elutasította, hogy az élettársi kapcsolat bevezetése a házasság intézményi garanciáját sértené.⁶⁴⁹

Nos, az intézmények sokfélesége okán – láthattuk, hogy mennyire nincs sem a fogalom definíciója, sem kategorizációja kapcsán egységes álláspont – felmerülhet a kérdés, hogy szüksége van-e egyáltalán a jogtudománynak e tanra, az intézményre mint „dogmatikai figurára“.

„A dogmatikai figuráknak az a feladatuk, hogy a joganyag azon aspektusait összefoglalják, amelyek legalább részben azonos alkalmazási feltételekkel és következményekkel rendelkeznek.“⁶⁵⁰

⁶⁴¹ Stern 1988, 796.

⁶⁴² Mager 2003, 402.

⁶⁴³ Abel 1964, 38.; Stern 1988, 766.

⁶⁴⁴ Mager 2003, 403.

⁶⁴⁵ Klein 1966, 86.

⁶⁴⁶ Stern 1992, 75sk.

⁶⁴⁷ Sasse 1960, 439sk.

⁶⁴⁸ Mainzer 2003, 198skk.

⁶⁴⁹ E véleményként ld. Scholz-Uhle 2001, 397. et passim.; Braun 2002, 25skk.

⁶⁵⁰ Mainzer 2003, 127.

Claudia Mainzer ennek réven olyan egységes aspektusokat próbált volna kimutatni, amelyek – a meglévő fogalmi és kategorizációs viták ellenére is – valamennyi intézménynél hasonlóak. Mainzer azonban sem külső,⁶⁵¹ sem belső⁶⁵² kategóriákat nem tudott találni, amelyek az intézmények egységes dogmatikai figuráját adhatnák. Az egyes intézmények értelmezése ugyanis eltérő aspektusokra vezet.⁶⁵³ Ebből az következik, hogy az egyes intézményeket önmagukban – és nem mint egy általános intézmény-kategória részeként – kell értelmezni, mert ennek eredményeként is lehetséges az értelmezett intézmények tartalmát védeni, garantálni, noha e garancia a konkrét intézményből, s nem annak vélt intézményiségből fakad.⁶⁵⁴ Éppen ezért kérdéses, hogy miután a Grundgesetz a weimari alkotmány főbb problémáit tételes jogi úton megoldotta, szükséges-e az intézmény általános dogmatikai figuráját megőrizni, ugyanis az egyes intézmények védelme és garanciája kapcsán elegendő azokra koncentrálni, s nem szükséges előzőleg egy absztrakt intézmény-fogalom alá szubszumálni őket.

Az intézmények fogalmi megjelenése a jogban (Savigny, Hauriou) és az intézményvédelem kialakulása azt bizonyítja, hogy a jogtudomány a jog feladatát nem csupán a leírt szövegek szöveghű megvalósításában, hanem egyfajta rend megszervezésében látja. E rend fejeződik ki az intézményekben – az egyes intézmények ugyanis a jog által felismerendő társadalmi valóságok –; az intézményvédelem pedig – függetlenül attól, hogy Schmitt korai, alapjogközpontú vagy későbbi intézmény-centrikus alkotmányelméletét vesszük-e alapul – azt a feladatot látta el, amire a weimari alkotmány és a korabeli pozitivista jogtudomány – éppen a szöveghez való ragaszkodásában – nem lett volna képes: a rend védelmét. Az intézményvédelem története azonban arra is bizonyíték, hogy a pozitív jog képes érzékelni környezetét és a felmerülő problémáakra végül pozitív jogi választ adni. A weimari alkotmány alatt a jogtudományilag kidolgozott és metapositiv forrásoszottságú intézményvédelem tana garantálta azon alkotmányos koherenciát és dinamikus kontinuitást, amire a Grundgesetz 1949 után tételes jogi szabályokkal adott választ.

⁶⁵¹ Mainzer 2003, 129ff.

⁶⁵² Mainzer 2003, 131ff.

⁶⁵³ Mainzer 2003, 236.

⁶⁵⁴ Mainzer 2003, 145f.

Zárszó

A jogpozitivizmus által kialakított jogkép kívülről túlságosan egyértelműnek, mechanikusnak tűnik: a válaszok, az ítéletek mintegy eleve adódnak a törvényből. Ha mégsem ez a helyzet, akkor csak pontosítani kell a törvényeket, esetleg újabbakat hozni, és az ítéletek még egyértelműbben születnek. Ezen nézet azonban légiúres, zárt térben képzeli el a jogot. A tények száma nem véges – így minden lesz olyan eset, amely nem dönthető el egyértelműen –, a tények jelentése pedig nem adott, hanem különféle értelmezési *erőhelyzetektől* függ. A társadalmi-kulturális közeg jogértelmező szerepére a 19. század végétől jelentkező jogszociológiai mozgalom számtalansor rámutatott. Az 1960-as évektől erősödő jogkritikai mozgalom, valamint a posztkoloniális szemléletmód kimutatta, hogy a jog jelentése és értelmezése társadalmi erőhelyzetektől függ, és a társadalmi egyenlőtlenségek vagy a nemzetközi életben jelenlévő imperializmusok az egyes jogi fogalmak jelentésadása révén tudnak fennmaradni.

Jogsabályok önmagukban nem teremtenek se demokráciát, se jogállamot, ahhoz megfelelő értelmező közegre, egyéni és társadalmi akaratra van szükség. A veszély azonban minden fennáll, hogy – amint a weimari köztársaság példája mutatta – demokratikus és jogállami szándékkal megtöltött jogszabályok más értelmet, jelentést nyernek, más eredményre vezetnek, mint amit alkotóik kigondoltak. Egy demokratikus jogállamhoz ugyanis nem csak jogszabályok, de jogalanyok is kellenek. Jogéletünk se lesz más, mint amit a jogértelmező közeg – amely az egész társadalmat, annak minden alrendszerével átfogja – valóban akar.

Az akarat szerepének túlhangsúlyozása persze jelentős veszélyeket hordoz magában. A jog fennmaradása is akarati aktustól függ – de demokratikus és jogállami jogrendszerünk csak akkor lehet működőképes, ha immáron akaratunkkal nem akarunk ezen túlterjeszkedni. A lehetőség minden megvan arra, hogy a csupasz akarat, az erő, az önkény diadalt arasson a jog felett. Ennek veszélyét is azzal láthatjuk be, hogy felismerjük a jog jelentése és a jogértelmező akarat közötti összefüggést. Jogállamról csak ott beszélhetünk, ahol a jogtételező és jogértelmező akarat nem akarja a jogállam tartalmi elveit, eszméjét – a pozitivizmus adta voluntarizmus lehetőségeit kihasználva – meghaladni, hanem – amint Odüsszeusz önként kikötette magát az árbochoz – korlátozza önnön akaratát. A jogállam nem más, mint akaratunk korlátozása. Jogállam csak ott lehetséges, ahol a mindenkorai törvényhozó nem akarhat bármit (jogi korlát) – és nem is akar bármit (egyéni erkölcsi korlát).

Az eddigi fejezetek célja nem az volt, hogy a jogi pozitivizmust dekonstruálják – pusztán felmutattak olyan utakat, amelyek a német jogtudományban metapozitív irányból jelentek meg (jogi logika kérdései, alkotmányszületés, Daseinvorsorge, intézmények stb.), de igazi hatásukat kifejteni, céljukat elérni valóban pozitiv jogiasodásuk után tudták. A pozitív jog metapozitív kinyítása tehát nem a pozitív, tételezett jog meghaladását, hanem továbbfejlődését, társadalmi beágyazottságát szolgálja.

Egyrészről a modern társadalmiság igényli a tételezettséget – a lukácsi értelemben vett menetrend-szerű jogszabályi környezetet –, éppen ezért jogtudomány is tudományosan a jogszabályra koncentráltan, azaz elsősorban pozitivistaként művelhető. De mindez nem jelenti azt, hogy a jognak és tudományának a jog környezetétől el kéne záródnia. A jogtudomány pozitív tudományként képes leginkább általánosan leírni a jogműködést, de a jog tartalmát és feladatát a pozitív jogon túl találja meg – és szerencsés esetben, amint a weimari kudarc utáni bonni köztársaság sikere bizonyítja, a jogban jogszabályként (azaz immáron tételezett normaként) megjeleníteni. A pozitivizmust tehát nem meghaladni kell – pusztán látni, hogy a pozitivizmus a már kész, már érvényes, már tételezett jogról szól, azt írja le, azt rendezi. A jog tartalmát, célját, érvényesülését, megszületését azonban a pozitív jogon túl (előtt) kell megtalálni, mert a jog nem önmagáért való eszköz, így se célját, se feladatát nem önmagának szabja.

Másrészről a dolgozat arra is rámutott, hogy a pozitivizmus túlzott meghaladásának igénye sokszor a jogot nem kinyította, hanem önkényes politikai akaratoknak szolgáltatta ki – nem véletlen, hogy akár Schmitt metapozitív politika- és alkotmányelmélete, konkrét rendgondolata vagy Ernst Forsthoff minőségeileg totális állama a nemzeti szocializmus, mint sok tekintetben szintén egy metapozitív, neo-természetjogi gondolat farvizén tudott megjelenni. Az inztézmény-elmélet bizonyítja azonban, hogy lehetséges a pozitivista tézisekre adott metapozitivista antitézisekkel egyfajta szintézist elérni – és immáron törvényi szintén a jogállamiság és jogbiztonság kíváncalmainak is megfelelve megjeleníteni.

Irodalomjegyzék

Abel, Gunther 1964: *Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes*. Berlin: Duncker & Humblot.

Achermann, Franz 1955: *Das Verhältnis von Sein und Sollen als ein Grundproblem des Rechts*. Winterthur: Verlag P. G. Keller.

Ádám Antal 1998: *Alkotmányi értékek és alkotmánybíráskodás*. Budapest: Osiris.

Ádám Antal 1998a: A jogrendszer alkotmányosodása és erkölcsiesedése. *Jogtudományi Közlöny*, 1998/10, 351-359.

Agamben, Giorgio 2002: *Homo sacer. Die Souveränität der Macht und das nackte Leben*. Frankfurt/M: Suhrkamp.

Agamben, Giorgio 2004: *Ausnahmezustand*. Frankfurt/M: Suhrkamp.

Alexy, Robert 1994: *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt/M: Suhrkamp.

Alexy, Robert 2005: *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg / München: Verlag Karl Alber.

Alexy, Robert 2005a: Hans Kelsens Begriff der Verfassung. In Paulson, Stanley L. – Stolleis, Michael (hrsg.): Hans Kelsen. Staatsrechtler und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts. Tübingen: Mohr Siebeck, 333-352.

Anschütz, Gerhard 1912: *Die Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat. Von 31. Januar 1850*. Berlin: D. Häring.

Anschütz, Gerhard 1933: *Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919*. Vierzehnte Auflage. Berlin: Stilke.

Anschütz, Gerhard – Meyer, Georg 2005: *Lehrbuch des deutschen Staatrechts*. Berlin: Duncker & Humblot.

Anter, Andreas 2004: *Die Macht der Ordnung. Aspekte einer Grundkategorie des Politischen*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Arisztotelész 1971: *Nikomakhoszi ethika*. Budapest: Magyar Helikon.

Arató, Andrew 1999: *Civil társadalom, forradalom és alkotmány (Civil Society, Revolution and Constitution)*. Budapest: Új Mandátum.

Bachof, Otto 1954: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. *VVDStRL*, Heft 12, 37-79.

Badura, Peter 1966: Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat. *DÖV*, 17-18/1966, 624-633.

Baufeld, Stefan 2005: Diesseits der Logik. Warum die Logik zur Lösung juristischer Probleme wenig beiträgt und warum die topische Rhetorik dies kann. In Carsten Bächer – Stefan Baufeld (hrsg.): *Objektivität und Flexibilität im Recht*. [ARSP Beiheft Nr. 103.] Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 182-199.

Baumann, Max 1991: *Recht / Gerechtigkeit in Sprache und Zeit*. [Zürcher Studien zur Rechts- und Staatsphilosophie 3] Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag.

Bärsch, Claus-E. 1987: Der Institutionenbegriff in der deutschen Rechtswissenschaft und das dem Grundgesetz gemäße Verständnis von Institutionen. In Göhler, Gerhard (hrsg.): *Grundfragen der Theorie politischer Institutionen. Forschungsstand – Probleme – Perspektiven*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 107-131.

Beckerath, Erwin von 1927: *Wesen und Werden des fascistischen Staates*. Berlin: Julius Springer.

Bendix, Ludwig 1968: *Zur Psychologie der Urteilstätigkeit des Berufsrichters und andere Schriften*. Neuwied / Berlin: Hermann Luchterhand Verlag.

Benjamin, Walter 1965: *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*. Frankfurt/M: Suhrkamp.

Berlin, Isaiah 2006: *Freiheit. Vier Versuche*. Frankfurt/M: Fischer.

Black, Donald 1989: *Sociological Justice*. New York: Oxford UP.

Bloch, Marc 2000: Múlt és jelen a mában. In Fejős Zoltán (szerk.): *Idő és antropológia*. Budapest: Osiris, 113-138.

Blümel, Willi 2003: Schlusswort. In Blümel, Willi (hrsg.): *Ernst Forsthoff. Kolloquium aus Anlaß des 100. Geburtstages von Prof. Dr. Dr. h.c. Ernst Forsthoff*. Berlin: Duncker & Humblot, 115-122.

Boehmer, Gustav 1930: Artikel 154. Erbrecht. In Nipperdey, Hans Carl: *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung*. Bd. 3. Berlin / Mannheim: Hobbing / Bensheimer, 250-282.

Bos, Ellen 2004: *Verfassungsgebung und Systemwechsel. Die Institutionalisierung von Demokratien im postsozialistischen Osteuropa*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.

Bódig Mátyás 2007: A kelseni normativizmus szemléleti alapjai. In Cs. Kiss Lajos (szerk., bev., vál.): *Hans Kelsen jogtudománya. Tanulmányok Hans Kelsenről*. Budapest: Gondolat Kiadó (MTA Jogtudományi Intézete, ELTE Állam- és Jogtudományi Kar), 191-207.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang 1974: Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation. *NJW*, 27. Jg. Heft 35. 28 August, 1529-1538.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang 1976: Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation. In Böckenförde, Ernst-Wolfgang: *Staat Gesellschaft Freiheit*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 42-64.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang 1983: Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung. In Buschmann, Arno – Knemeyer, Franz Ludwig – Otte, Gerhard – Schubert, Werner (hrsg.): *Festschrift für Rudolf Gmür zum 70. Geburtstag 28. Juli 1983*. Bielefeld: Verlag Kieseking, 7-19.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang 2006: Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts. In: Böckenförde, Ernst-Wolfgang: *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*. Frankfurt/M: Suhrkamp.

Börner, Bodo 1971: Irrwisch Daseinsvorsorge. *Bayerische Verwaltungsblätter*. 11/1971, 406-408.

Braun, Johann 2002: „Ein neues familienrechtliches Institut“. Zum Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsgesetzes. *JZ*, 57. Jg., 4. Januar 2002, 23-31.

Bretter Zoltán 2004: *Politika a határon. A Devlin-Hart vita*. Pozsony: Kalligram.

Bürger, Peter 1986: Carl Schmitt und die Fundierung der Politik auf Ästhetik. In Bürger, Christa (hrsg.): »Zerstörung, Rettung des Mythos durch Licht«. Frankfurt/M: Suhrkamp, 170-176.

Campagna, Norbert 2007: Vom Anspruch auf Verbindlichkeit zu den verbindlichen Normen. Historisch-systematische Überlegungen zur Entstehung politisch-rechtlicher Normativität. In Bung, Jochen – Brian, Valerius – Ziemann, Sascha (hrsg.): *Normativität und Rechtskritik. Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) im September 2006 in Würzburg und im März 2007 in Frankfurt am Main*. [ARSP Beiheft Nr. 111.]. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 28-44.

Constantinesco, Vlad – Pierré-Caps, Stéphane 2006: *Droit constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France.

Cumin, David 2005: *Carl Schmitt. Bibliographie politique et intellectuelle*. Paris: Cerf.

Dau-Lin, Hsü 1932: *Die Verfassungswandlung*. Berlin / Leipzig: Walter de Gruyter & Co.

Dau-Lin, Hsü 1978: Formalistischer und anti-formalistischer Verfassungsbegriff. In Friedrich, Manfred (hrsg.): *Verfassung. Beiträge zur Verfassungstheorie*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 34-59.

Dennewitz, Bodo 1932: *Die institutionelle Garantie. Zum Problem der Existenzfrage des deutschen Berufsbeamtentums und der kommunalen Selbstverwaltung*. Berlin: Stilke.

Dennewitz, Bodo 1935a: Die Lehre von der institutionellen Garantie. *Reichsverwaltungsblatt*, Bd. 56. Nr. 48., 30. November 1935, 955-957.

Dennowitz, Bodo 1935b: Friedrich Klein: Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien. [Buchbesprechung] *AöR*, 1935, Bd. 26, 234-237.

Depenheuer, Otto 2007: *Selbstbehauptung des Rechtsstaates*. [Schönbüger Gespräche zu Recht und Staat, hrsg. von Otto Depenheuer und Christoph Grabenwarter, Bd. 8.] Paderborn / München / Wien / Zürich: Schöningh.

Depenheuer, Otto 2009: Risiken und Nebenwirkungen menschenrechtlicher Universalität. In: Isensee, Josef 2009 (hrsg.): *Menschenrechte als Weltmission*. Berlin: Duncker und Humblot.

Derrida, Jacques 1991: *Gesetzeskraft. Der »mystische Grund der Autorität«*. Frankfurt/M: Suhrkamp.

Desqueyrat, A[...]. 1968: Die Institution. Ihre Natur, ihre Arten, ihre Probleme. In Schnur, Roman (hrsg.): *Institution und Recht*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 118-175.

de Wall, Halle 1999: Die Einrichtungsgarantien des Grundgesetzes als Grundlagen subjektiver Rechte. *Der Staat*, Bd. 38, 377-398.

Dias, Gabriel Nogueira 2005: *Rechtspositivismus und Rechtstheorie. Das Verhältnis beider im Werke Hans Kelsens*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Di Fabio, Udo 2003: *Die Staatsrechtslehre und der Staat* [Schönbüger Gespräche zu Recht und Staat Band 2, hrsg. von Otto Depenheuer und Christoph Grabenwarter]. Paderborn / München / Wien / Zürich: Ferdinand Schöningh.

Dijon, Xavier 2009: *Les droits tournés vers l'homme*. Paris: Cerf.

Diller, Albert 1935: *Die Legalität der nationalsozialistischen Revolution*. Erlangen: Palm & Enkel.

Durkheim, Emile 1965: *Die Regeln der soziologischen Methode*. Neuwied / Berlin: Luchterhand.

Dürig, Günter 1953: Das Eigentum als Menschenrecht. *ZgS*, Bd. 109, S. 326-350.

Ehmke, Horst 1953: *Grenzen der Verfassungsänderung*. Berlin: Duncker & Humblot.

Ehrenzweig, Albert E. 1973: *Psychoanalytische Rechtswissenschaft*. Berlin: Duncker & Humblot.

Ehs, Tamara 2008: Einführung in die Allgemeine Europäische Staatslehre. In Ehs, Tamara (hrsg.): *Hans Kelsen und die Europäische Union. Erörterungen moderner (Nicht-) Staatlichkeit*. Baden-Baden: Nomos Verlag.

Ehs, Tamara 2009: Demokratie und politische Bildung. In Ehs, Tamara (hrsg.): *Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung*. Wien: Facultas.

Emge, Carl August 1967: *Geschichte der Rechtsphilosophie*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

Engels, Friedrich 1946: *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*. Berlin: Neuer Weg.

Euchner, Walter 1981: Ernst Forsthoff: Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland. Beck'sche Schwarze Reihe, Bd. 77. München: C. H. Beck, 1971, 169 S. DM 9, 80. [Rezension]. *AÖR*, Bd. 99, 179-182.

Falck, Carl 1935: Die institutionelle Garantie. Werdegang, Aufbau und Bedeutung einer neuen Staatslehre. *Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege, Rechtswissenschaft, Verwaltung*. November 1935, 52. Jg. Heft 2, 69-79.

Favreau, Louis – Gaïa, Patrick – Ghevontian, Richard – Mestre, Jean-Louis – Pfersmann, Otto – Roux, André – Scoffoni, Guy 2007: *Droit constitutionnel*. Paris: Dalloz.

Fehr, Hans 1928: *Recht und Wirklichkeit. Einblick in Werden und Vergehen der Rechtsformen*. Potsdam: Müller&Kiepenheuer Verlag [und Zürich: Orell Füsl Verlag].

Feinberg, Joel 1999: *Társadalomfilozófia*. Budapest: Osiris.

Fischerhof, Hans 1969: „Daseinsvorsorge“ und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. *DÖV*, 2/1969.

Forsthoff, Ernst 1933: *Der totale Staat*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt.

Forsthoff, Ernst 1935: Von den Aufgaben der Verwaltungsrechtswissenschaft. *Deutsches Recht*, 15. August 1935, 398-400.

Forsthoff, Ernst 1935a: Das neue Gesicht der Verwaltung und die Verwaltungsrechtswissenschaft. *Deutsches Recht*, 15. Juni 1935, 331-333.

Forsthoff, Ernst 1938: *Die Verwaltung als Leistungsträger*. Stuttgart / Berlin: W. Kohlhammer Verlag

Forsthoff, Ernst 1958: *Die Daseinsvorsorge und die Kommunen. Ein Vortrag*. Köln-Marienburg: Sigillum-Verlag.

Forsthoff, Ernst 1959: Die Umbildung des Verfassungsgesetzes. In Barion, Hans – Forsthoff, Ernst – Weber, Werner (hrsg.): *FS für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag dargebracht von Freunden und Schülern*. Berlin: Duncker & Humblot.

Forsthoff, Ernst 1959a: *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*. Stuttgart: W. Kohlhammer.

Forsthoff, Ernst 1964: Haben wir zuviel oder zuwenig Staat? In Forsthoff, Ernst: *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950-1964*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 63-77.

Forsthoff, Ernst 1964a: Anrecht und Aufgabe einer Verwaltungslehre. In Forsthoff, Ernst: *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950-1964*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 129-146.

Forsthoff, Ernst 1964b: Die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG). In Forsthoff, Ernst: *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950-1964*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 176-184.

Forsthoff, Ernst 1966: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Erster Band: Allgemeiner Teil*. Neunte Auflage. München / Berlin: Beck.

Forsthoff, Ernst 1968: Verfassungsprobleme des Sozialstaates. In Forsthoff, Ernst: *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Aufsätze und Essays*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

Forsthoff, Ernst 1968a: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. In Forsthoff, Ernst: *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Aufsätze und Essays*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 165-199.

Forsthoff, Ernst 1970: Von der sozialen zur technischen Realisation. *Der Staat*, 1970/1, 145-160.

Forsthoff, Ernst 1971: *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*. München: Beck.

Forsthoff, Ernst 1974: Bemerkungen zur Situation der Verwaltung. In Forsthoff, Ernst – Hörstel, Reinhard (hrsg.): *Standorte im Zeitstrom. FS für Arnold Gehlen*. Frankfurt/M: Athenäum, 41-51.

Frank, Jerome 2006: *Bíráskodás az elme itélőszéke előtt. Válogatott írások*. Budapest: Szent István Társulat.

Friedrich, Hansjürgen 1963: *Die Institutionenlehre Maurice Haurious*. Dissertation. Mainz: Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität.

Frivaldszky János 1996: Társadalmi diskurzus és szociális jog. *Politikatudományi Szemle*, 1996/1, 93-104.

Frivaldszky János 2005: A jogászok tudása mint „igaz filozófia” Ulpianusnál és napjainkban. In Paksy Máté (szerk.): *Európai jog és jogfilozófia: konferenciatulmányok az európai integráció ötvenedik évfordulójának ünnepére*. Budapest: Szent István Társulat.

Frivaldszky János 2005a: Hans Kelsen természetjog-kritikájának cífolatához. *Világosság*, 2005/11.

Frivaldszky János 2007: *Klasszikus természetjog és jogfilozófia*. Budapest: Szent István Társulat.

Frivaldszky János 2008: A házasság és a család: elnyomó hatalmi viszonyok avagy a jog relationalis jellegének prototípusai? Az olasz relationalista jogfilozófiai eredmények tükrében. *Iustum Aequum Salutare*, 2008/3.

Frotscher, Werner – Pieroth, Bodo 2007: *Verfassungsgeschichte*. München: Verlag C. H. Beck.

Giese, Friedrich 1920: *Die Verfassung des Deutschen Reiches von 11. August 1919. Taschenausgabe*. Berlin: Carl Heymann.

Grimm, Dieter 1991: *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt/M: Suhrkamp.

Groß, Ingrid 1971: *Die Institution Presse. Zugleich ein Beitrag zum Wesen der Einrichtungsgarantie und ihrem Verhältnis zu den Individualgrundrechten*. Berlin: Duncker & Humblot.

Gross, Raphael 2005: *Carl Schmitt und die Juden. Eine deutsche Rechtslehre*. Frankfurt/M: Suhrkamp.

Hammer, Felix 2000: Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 – die Weimarer Verfassung. *Jura*, 2/2000, 57-63.

Hauriou, Maurice 1965: *Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze*. Hrsg. und eingeleitet von Roman Schnur. Berlin: Duncker & Humblot.

Häberle, Peter 1983: *Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*. Heidelberg: C. F. Müller.

Häberle, Peter 2002: Lebende Verwaltung trotz überlebter Verfassung? Zum wissenschaftlichen Werk Ernst Forsthoff (1975). In Häberle, Peter: *Kleine Schriften. Beiträge zur Staatsrechtlehre und Verfassungskultur*. Hrsg. von Wolfgang Graf Vitzhum. Berlin: Duncker & Humblot, 3-15.

Heidegger, Martin 2004: Was ist Metaphysik? In Heidegger, Martin: *Gesamtausgabe. I. Abteilung: Veröffentlichte Schriften 1919-1970. Band 9. Wegmarken*. Frankfurt/M: Vittorio Klostermann Verlag.

Heller, Hermann 1971: Autoritärer Liberalismus. In Heller, Hermann: *Gesammelte Schriften*. Zweiter Band: Recht, Staat, Macht. Leiden: A. W. Sijthoff, 643-653.

Heller, Hermann 1983: *Staatslehre*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Hendrichs, Hubert 1985: Zu möglichen Vorformen des menschlichen Rechtsgefühls bei höheren Tieren. In: Lampe, Ernst-Joachim (hrsg.): *Das sogenannte Rechtsgefühl* [Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 10]. Opladen: Westdeutscher Verlag, 57-70.

Herdegen, Matthias 2003: Ernst Forsthoffs Sicht vom Staat. In Blümel, Willi (hrsg.): *Ernst Forsthoff. Kolloquium aus Anlaß des 100. Geburtstages von Prof. Dr. Dr. h.c. Ernst Forsthoff*. Berlin: Duncker & Humblot, 41-52.

Hermens, Ferdinand A. 1964: *Verfassungslehre*. Frankfurt/M / Bonn: Atenäum Verlag.

Herrfahrdt, Heinrich 1970: *Revolution und Rechtswissenschaft*. Aalen: Scientia Verlag.

Hofmann, Hasso 2002: *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*. Berlin: Duncker & Humblot.

Horváth Barna 2004: *A jogelmélet vázlata*. Máriabesnyő / Gödöllő: Attraktor.

Horváth Barna 2006: *The Bases of the Law. A jog alapjai*. Budapest: Szent István Társulat.

Huber, Ernst Rudolf 1933: Bedeutungswandel der Grundrechte. *AöR*, 1933, Bd. 23., 1-98.

Huber, Ernst Rudolf 1962: *Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft*. Oldenburg: Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie.

Huber, Ernst Rudolf 1974: Vorsorge für das Dasein. Ein Grundbegriff der Staatslehre Hegels und Lorenz v. Steins. In Schnur, Roman (hrsg.): *FS für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag*. München: Beck, 1970, 139-163.

Huber, Ernst Rudolf 1975: *Bewahrung und Wandlung. Studien zur deutschen Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*. Berlin: Duncker & Humblot.

Isay, Hermann 1929: *Rechtsnorm und Entscheidung*. Berlin: Verlag von Franz Vahlen.

Isensee, Josef 1987: Staat und Verfassung. In Isensee, Josef – Kirchhof, Paul (hrsg.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band. 1.: Grundlagen von Staat und Verfassung*. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag 1987, 591-661.

Isensee, Josef 1995: *Das Volk als Grund der Verfassung. Mythos und Relevanz der Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt*. Opladen: Westdeutscher Verlag.

Jakab András 2007: *A magyar jogrendszer szerkezete*. Budapest / Pécs: Dialog Campus.

Jaspers, Karl 1932: *Die geistige Situation der Zeit*. Leipzig / Berlin: Walter de Gruyter.

Jennings, W. Ivor 1968: Die Theorie der Institution. In Schnur, Roman (hrsg.): *Institution und Recht*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 99-117.

Jhering, Rudolph von 1893: *Der Zweck im Recht*. Leipzig: Druck und Verlag Breitkopf & Härtel.

Jung, Carl Gustav 2006: *A lélektani típusok általános leírása*. Budapest: Európa Könyvkiadó.

Karácsony András 1988: Az el nem műlő idő. *Társadalomkutatás*, 1988/3, 48-66.

Karácsony András 2002: A jog mint kulturális jelenség. *Jogelméleti Szemle*, 2002/3 [jesz.ajk.elte.hu/karacsony11.html]

Karácsony András 2007: „Pozitivista” volt-e a kelseni jogpozitivizmus? In Cs. Kiss Lajos (szerk., bev., vál.) 2007: *Hans Kelsen jogtudománya. Tanulmányok Hans Kelsenről*. Budapest: Gondolat Kiadó (MTA Jogtudományi Intézete, ELTE Állam- és Jogtudományi Kar), 159-170.

Kaufmann, Arthur 1997: *Rechtsphilosophie*. München: Beck.

Kaufmann, Erich 1960: Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Artikels 109 der Reichsverfassung. In Kaufmann, Erich: *Rechtsidee und Recht. Rechtsphilosophische und ideengeschichtliche Bemühungen aus fünf Jahrzehnten*. Göttingen: Otto Schwartz & Co, 246-265.

Kaufmann, Franz-Xaver 1985: Rechtsgefühl, Verrechtlichung und Wandel des Rechts. In Lampe, Ernst-Joachim (hrsg.) 1985: *Das sogenannte Rechtsgefühl* [Jahrbuch für Rechtssociologie und Rechtstheorie, Bd. 10]. Opladen: Westdeutscher Verlag, 185-202.

Kelsen, Hans 1914: Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung. *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 32.

Kelsen, Hans 1923: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Tübingen: Mohr.

Kelsen, Hans 1933: *Staatsform und Weltanschauung*. Tübingen: Mohr.

Kelsen, Hans 1964: Gott und Staat. In: Kelsen, Hans: *Aufsätze zur Ideologiekritik*. (hrsg. von Ernst Topitsch) Neuwied am Rhein / Berlin: Luchterhand.

Kelsen, Hans 1968: Die Funktion der Verfassung (1964). In Klecatsky, Hans – Marcic, René – Schambeck, Herbert (hrsg.): *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*. Wien / Frankfurt/M / Zürich: Europa Verlag, 1971-1979.

Kelsen, Hans 1968a: Vom Geltungsgrund des Rechts (1960). In Klecatsky, Hans – Marcic, René – Schambeck, Herbert (hrsg.): *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*. Wien / Frankfurt/M / Zürich: Europa Verlag, 1417-1427.

Kelsen, Hans 1979: *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manz.

Kelsen, Hans 2001: *Tiszta jogtan*. Budapest: Rejtjel.

Kelsen, Hans 2003: Jogi pozitivizmus és a természetjog doktrínája. In Varga Csaba (szerk.): *Jog és jogfilozófia. Antológia a XX. század jogi gondolkodása köréből*. Budapest: Szent István Társulat.

Kelsen, Hans 2003a: Tiszta jogtan és az analitikus jogelmélet. In Varga Csaba (szerk.): *Jog és jogfilozófia. Antológia a XX. század jogi gondolkodása köréből*. Budapest: Szent István Társulat, 171-190.

Kelsen, Hans 2005: *Was ist Gerechtigkeit?* Stuttgart: Philipp Reclam jun.

Kelsen, Hans 2006: *Verteidigung der Demokratie* (ausgew. und hrsg. von Jestaedt und Oliver Lepsius). Tübingen: Mohr.

Kersten, Jens: Die Entwicklung des Konzepts der Daseinsvorsorge im Werk von Ernst Forsthoff. *Der Staat*, 4/2005, 543-569.

Kervégan, Jean-François 2005: *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*. Paris: PUF

Kininger, Ewald 1971: *Die Realität der Rechtsnorm. Eine empirische Studie*. Berlin: Duncker & Humblot.

Kirchmann, Julius Hermann von 1990: *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. Berlin / Freiburg: Rudolf Haufe Verlag.

Klein, Friedrich 1934: *Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien*. Breslau: M & H. Marcus.

Klein, Friedrich 1966: Vorbemerkungen. In Klein, Friedrich – von Mangoldt, Hermann: *Das Bonner Grundgesetz*. Bd. I. Berlin / Frankfurt/M: Verlag Franz Vahlen.

Klein, Hans H. 2003: „Der totale Staat“. Betrachtungen zu Ernst Forsthoffs gleichnamiger Schrift von 1933. In Blümel, Willi (hrsg.): *Ernst Forsthoff. Kolloquium aus Anlaß des 100. Geburtstages von Prof. Dr. Dr. h.c. Ernst Forsthoff*. Berlin: Duncker & Humblot, 21-39.

Klug, Ulrich 1982: *Juristische Logik*. Berlin / Heidelberg / New York: Springer Verlag.

Kubeš, Vladimír 1986: *Ontologie des Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot.

Kundera, Milan 2007: *Halhatatlanság*. Budapest: Európa Könyvkiadó.

Klenner, Hermann 1972: *Rechtsleere. Verurteilung der Reiner Rechtslehre*. Berlin: Akademie Verlag.

Koellreutter, Otto 1932: Carl Schmitt: Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung. [Buchbesprechung] *AöR*, 1932, Bd. 22, 110-116.

Korn, Karl 1959: *Sprache in der verwalteten Welt*. Olten: Walter.

Körösényi András 2004: Carl Schmitt állam- és politikaelméleti alapfogalmai. In Cs. Kiss Lajos (szerk., bev., vál.): *Carl Schmitt jogtudománya. Tanulmányok Carl Schmitt-ről*. Budapest: Gondolat Kiadó, 147-167.

Kriele, Martin 1979: *Recht und praktische Vernunft*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.

Kröger, Klaus 1990: Der Wandel des Grundrechtsverständnisses in der Weimarer Republik. In Köbler, Gerhard – Heinze, Meinhard – Schapp, Jan (hrsg.): *Geschichtliche Rechtswissenschaft: Ars Tradendo Innovandoque Aequitatem Sectandi. Freundesgabe für Alfred Söllner zum 60. Geburtstag*. Gießen: Brühlscher Verlag, 299-312.

Larenz, Karl 1934: *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*. Tübingen: Mohr.

Larenz, Karl 1938: *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens*. Berlin: Junker und Dünnhaupt.

Lassalle, Ferdinand 1958: *Über Verfassungswesen*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

Lilla, Mark 2005: *A zabolátlan értelem. Értelmiségiek a politikában*. Budapest: Európa.

Lippold, Rainer 2000: *Recht und Ordnung. Statik und Dynamik der Rechtsordnung* [Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 21]. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Loewenstein, Karl 1931: *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung. Verfassungsrechtsdogmatische Untersuchungen zu Artikel 76 der Reichsverfassung*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Loewenstein, Karl 1961: *Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*. Berlin: Walter de Gruyter & Co.

Loewenstein, Karl 1975: *Verfassungslehre*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

Luhmann, Niklas 1987: *Rechtssoziologie*. Opladen: Westdeutscher Verlag.

Luhmann, Niklas 1995: *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt/M: Suhrkamp.

Luhmann, Niklas 1999: *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt/M: Suhrkamp.

Lukács György 1978: *Az ész trónfosztása*. Budapest: Magvető Kiadó.

Mager, Ute 2003: *Einrichtungsgarantien. Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzgemäße Neubestimmung einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Mainzer, Claudia 2003: *Die dogmatische Figur der Einrichtungsgarantie*. Baden-Baden: Nomos.

Mayer, Otto 2004: *Deutsches Verwaltungsrecht*. I. und II. Band. Unveränderter Nachdruck der 1924 erschienenen 3. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot.

Mehring, Reinhard 2001: *Carl Schmitt zur Einführung*. Hamburg: Junius Verlag.

Mehring, Reinhard 2009: *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall. Eine Biographie*. München: Beck.

Meier, Christoph 1986: *Zur Diskussion über das Rechtsgefühl. Themenvielfalt – Ergebnistrends – neue Forschungsperspektiven*. Berlin: Duncker & Humblot.

Meinel, Florian 2007: Ernst Forsthoff and the Intellectual History of the German Administrative Law. *German Law Journal*, Vol. 8, No. 8, 785-789.

Menzel, Eberhard 1937: Das Ende der institutionellen Garantie. *AöR*, 1937, Bd. 28., 32-76.

Merker, Barbara 2001: Sorge als Sein des Daseins. In Rentsch, Thomas (hrsg.): *Martin Heidegger: Sein und Zeit*. Berlin: Akademie Verlag, 117-132.

Mill, John Stuart 1988: *Über die Freiheit*. Stuttgart: Philipp Reclam jun.

Moór, Julius 2006: *Schriften zur Rechtsphilosophie*. Budapest: Szent István Társulat.

Morvai Krisztina 1992: Emberi jogok, jogállamiság, „visszamenőleges” igazságszolgáltatás. *Jogtudományi Közlöny*, 1992/2.

Mouffe, Chantal 2007: *Über das Politische. Wider die kosmopolitische Illusion*. Frankfurt/M: Suhrkamp.

Mußgnug, Reinhard 1988: Carl Schmitts verfassungsrechtliches Werk und sein Fortwirken im Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. In Helmut Quaritsch (hrsg.): *Complexio Oppitorum. Über Carl Schmitt. Vorträge und Diskussionsbeiträge des 28. Sonderseminars 1986 der Hochschule für Veraltungswissenschaften Speyer*. Berlin: Duncker & Humblot, 517-528.

Müller-Mall, Sabine 2007: Normative Kräfte. In Bung, Jochen – Brian, Valerius – Ziemann, Sascha (hrsg.): Normativität und Rechtskritik. Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) im September 2006 in Würzburg und im März 2007 in Frankfurt am Main. [ARSP Beiheft Nr. 111.]. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 16-27.

Nicolai, Helmut 1934: Grundsätzliches über den Zusammenhang von Volk und Rasse. *Deutsches Recht*, 24. Februar 1934.

Noack, Paul 1993: *Carl Schmitt. Eine Biographie*. Berlin / Frankfurt/M: Propyäden.

Olechowski, Thomas 2009: Kelsens Rechtslehre im Überblick. In: Ehs, Tamara (hrsg.): *Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung*. Wien: Facultas.

Olivecrona, Karl 1981: A jog mint tény. In Varga Csaba (szerk.): *Jog és filozófia. Antológia a század első felének polgári jogelméleti irodalma köréből*. Budapest: Akadémiai Kiadó, 343-358.

Ooyen, Robert Christian van 2009: Staat und pluralistische Gesellschaft bei Kelsen. In: Ehs, Tamara (hrsg.): *Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung*. Wien: Facultas.

Ossenbühl, Fritz 1971: Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht. *DÖV*, 15-16/1971, 513-524.

Ost, François 1999: *Le temps du droit*. Paris: Odile Jacob, 1999.

Paksy, Máté 2003: Quelques réflexions théoriques sur la jurisprudence récente relative à l'article 4 de Code civil français. *Jogelméleti Szemle*, 2003/4 [<http://jesz.ajk.elte.hu/paksy16.html>]

Paksy Máté 2004: A francia Polgári Törvénykönyv 4. szakasza és a jogalkalmazó döntési kötelezettsége. In: Nochta Tibor – Bölcsey János (szerk.): *Emlékkönyv Lábady Tamás 60. születésnapjára tanítványaitól*. Budapest: Szent István Társulat 2004.

Paksy Máté 2005: Hippokratész ikrei: jog és filozófia a kelseni jogértelmezéstanban. *Világosság*, 2005/11, 55-64.

Panunzio, Sergio 1934: *Allgemeine Theorie des faschistischen Staates*. Berlin / Leipzig: Walter de Gruyter & Co.

Paschukanis, Eugen 2003: *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus. Versuch einer Kritik juristischer Grundbegriffe*. Freiburg: ça ira-Verlag.

Pauen, Michael – Roth, Gerhard 2008: *Freiheit, Schuld und Verantwortung. Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit*. Frankfurt/M: Suhrkamp (edition unseld).

Perelman, Chaïm 1962: *Justice et raison*. Bruxelles: Presse Universitaire de Bruxelles.

Perelman, Chaïm 1979: *Juristische Logik als Argumentationslehre*. Freiburg / München: Verlag Karl Alber.

Peschka Vilmos 1972: *A modern jogfilozófia alapproblémái*. Budapest: Gondolat Kiadó.

Peschka Vilmos 1981: Értékek és kategóriák a jogalkotásban. *Jogtudományi Közlöny*, 1981/4, 239-247.

Peschka Vilmos 1988: *A jog sajátossága*. Budapest: Akadémiai Kiadó.

Petrazicky, Lev Iosifovic 1907: *Über die Motive des Handelns und über das Wesen der Moral und des Rechts*. Berlin: Verlag von H. W. Müller.

Ptrétei József 2008: Az alkotmányozó hatalomról. *Jura*, 2008/1, 124-137.

Pokol Béla 1990: Alapjogok és alkotmánybíráskodás – jogelméleti nézőpontból. *Jogtudományi Közlöny*, 1990/5, 144-155.

Pokol Béla 2001: *A jog elmélete*. Budapest: Rejtjel.

Pokol Béla 2003: *A bírói hatalom*. Budapest: Századvég Kiadó.

Pokol Béla 2005: *Jogelmélet*. Budapest: Századvég Kiadó.

Prinz, Wolfgang 2008: Wille und Ziel oder ist willentliches Handeln dasselbe wie zielorientiertes Handeln? In Vierkant, Tillmann (hrsg.): *Willenshandlungen. Zur Natur und Kultur der Selbststeuerung*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 14-39.

Quaritsch, Helmut: Erinnerung an Ernst Forsthoff. *NJW*, 1974, 2120.

Quaritsch, Helmut 1987: Institutionelle Garantie. In Herzog, Roman – Kunst, Hermann – Schlaich, Klaus – Schneemelcher, Wilhelm (hrsg.): *Evangelisches Staatslexikon*. Bd. 1. Stuttgart: Kreuz Verlag, 1351-1354.

Radbruch, Gustav 1914: *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. Leipzig: Verlag von Quelle & Meyer.

Rehbinder, Manfred 2003: *Rechtssoziologie*. München: Verlag C. H. Beck.

Reich, Andreas 1994: *Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt. Kommentar*. Bad Honnef: K. H. Bock.

Renard, Georges 1929: *La Justice et La Volonté. Conférences d'Introduction philosophique à l'étude du droit*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey.

Riezler, Erwin 1946: *Das Rechtsgefühl. Rechtspsychologische Betrachtungen*. München: Biederstein-Verlag.

Rigaux, Marie-Françoise 2000: Constitution et concordance des temps. In Gérard, Philippe – Ost, François – van de Kerchove, Michel (éd.): *L'accélération du temps juridique*. Bruxelles: Facultés universitaires de Saint-Louis, 395-412.

Romano, Santi 1975: *Die Rechtsordnung*. Berlin: Duncker & Humblot.

Ronellenfitsch, Michael 2003: Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff. Aktuelle Entwicklungen im nationalen und europäischen Recht. In Blümel, Willi (hrsg.): *Ernst Forsthoff. Kolloquium aus Anlaß des 100. Geburtstages von Prof. Dr. Dr. h.c. Ernst Forsthoff*. Berlin: Duncker & Humblot, 53-114.

Rothar, Werner 1979: *Recht und Bewußtsein. Zur Psychologie des Zivilrechts*. Edelsbach: Verlag Rolf Grammer.

Ross, Alf 1989: *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*. Aalen: Scientia Verlag.

Röhl, Klaus F. 1990: Institutionstheoretische Ansätze in der Rechtssoziologie und institutionelles Rechtsdenken. In Göhler, Gerhard – Lenk, Kurt – Schmalz-Brunn, Rainer (hrsg.): *Die Rationalität politischer Institutionen. Interdisziplinäre Perspektiven*. Baden-Baden: Nomos, 357-380.

Rüthers, Bernd 1970: „*Institutionelles Rechtsdenken*“ im Wandel der Verfassungsepochen. Ein Beitrag zur politisch-kritischen Funktion der Rechtswissenschaft. Bad Homburg / Berlin / Zürich: Gehlen.

Rüthers, Bernd 1988: *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*. München: Beck.

Rüthers, Bernd 1991: *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*. Heidelberg: C. F. Müller.

Rüthers, Bernd 2007: *Rechtstheorie*. München: Verlag C. H. Beck.

Saage, Richard 1983: Rückkehr zum starken Staat? Zur Renaissance des Freund-Feind-Denkens in der Bundesrepublik. In Saage, Richard: *Rückkehr zum starken Staat? Studien über Konservativismus, Faschismus und Demokratie*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 7-35.

Saage, Richard 1983a: Konservativismus und Faschismus. Anmerkungen zu Ernst Forsthoffs Entwicklung vom Totalen Staat zum Staat der Industriegesellschaft. In Saage, Richard: *Rückkehr zum starken Staat? Studien über Konservativismus, Faschismus und Demokratie*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 181-201.

Samu Mihály 1997: *Alkotmányozás, alkotmány, alkotmányosság*. Budapest: Korona Kiadó.

Sasse, Christoph 1960: Die verfassungsrechtliche Problematik von Steuerreformen. Ein Beitrag zur Interpretation der Art. 105 und 106 des Grundgesetzes und zur Frage der verfassungsrechtlichen Bestandsgarantien. *AöR*, Bd. 85, 424-457.

Sauer, Wilhelm 1934/35: Recht und Volksmoral im Führerstaat. Zu den Grundfragen der deutschen Rechtserneuerung. *ARSP*, Bd. XXVIII.

Savigny, Carl Friedrich von 1840: *System des heutigen römischen Rechts*. Bd. 1. Berlin: Veit.

Scheidemann: Dieter 1991: *Der Begriff Daseinsvorsorge. Ursprung, Funktion und Wandlungen der Konzeption Ernst Forsthoffs*. Göttingen / Zürich: Muster-Schmidt.

Scheuner, Ulrich 1978: Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes. In Scheuner, Ulrich: *Staatstheorie und Staatsrecht. Gesammelte Schriften*. Berlin: Duncker & Humblot, 665-708.

Schlink, Bernhard 1991: Why Carl Schmitt? *Rechtshistorisches Journal*, 10/1991.

Schmidt-Jortzig, Edzard 1979: *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung. Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur*. Göttingen: Otto Schwartz & Co.

Schmitt, Carl 1928: *Verfassungslehre*. München / Leipzig: Duncker & Humblot.

Schmitt, Carl 1931: Wohlerworbene Beamtenrechte und Gehaltskürzungen. *DJZ*, 15. Juli 1931, 917-921.

Schmitt, Carl 1932: *Legalität und Legitimität*. München / Leipzig: Duncker & Humblot.

Schmitt, Carl 1934: Ein Jahr nationalsozialistischer Verfassungsstaat. *DR*, 25. Januar 1934, 27-30

Schmitt, Carl 1934a: Nationalsozialistisches Rechtsdenken. *DR*, 25. Mai 1934, 225-229.

Schmitt, Carl 1958: Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931). In Schmitt, Carl: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 140-173.

Schmitt, Carl 1958a: Grundrechte und Grundpflichten (1932). In Schmitt, Carl: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 174-231.

Schmitt, Carl 1958b: Staat als ein konkreter an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff. In Schmitt, Carl: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 375-385.

Schmitt, Carl 1958c: Weiterentwicklung des totalen Staates in Deutschland (1933). In Carl Schmitt: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 – 1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 359-366.

Schmitt, Carl 1967: Die Tyrannie der Werte. In *Säkularisation und Utopie. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*. [Ebracher Studien] Stuttgart / Berlin / Köln / Mainz: W. Kohlhammer Verlag, 37-62.

Schmitt, Carl 1988: Die Wendung zum totalen Staat (1931). In Schmitt, Carl: *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles*. Berlin: Duncker & Humblot, 146-157.

Schmitt, Carl 1992: *Politikai teológia*. Budapest: AkaPrint.

Schmitt, Carl 1993: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Berlin: Duncker & Humblot.

Schmitt, Carl 1995: Starker Staat, gesunde Wirtschaft. In Carl Schmitt: *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*. Hrsg. von Günther Maschke. Berlin: Duncker & Humblot, 71-85.

Schmitt, Carl 1996: *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. Berlin: Duncker & Humblot.

Schmitt, Carl 1997: *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Ius Publicum Europaeum*. Berlin: Duncker & Humblot.

Schmitt, Carl 1998: *Politische Romantik*. Berlin: Duncker & Humblot.

Schmitt, Carl 2002: A politikai fogalma. In Schmitt, Carl: *A politikai fogalma. Válogatott politika- és államelméleti tanulmányok*. (ford., bev., szerk. Cs. Kiss Lajos) Budapest: Osiris – Pallas Stúdió – Attraktor.

Schmitt, Carl 2003: *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblott.

Schmitt, Carl 2003a: Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff. In Schmitt, Carl: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*. Duncker & Humblot: Berlin, 2003.

Schmitt, Carl 2004: *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*. Berlin: Duncker & Humblot.

Schmitt, Carl 2004a: *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*. Berlin: Duncker & Humblot.

Schmitt, Carl 2005: *Tagebücher. Oktober 1912 bis Februar 1915*. Hrsg. von Ernst Hüsmert. Berlin: Akademie Verlag.

Schmitt, Carl 2006: *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*. Berlin: Duncker & Humblot.

Schmitt, Carl 2009: *Begriff des Politischen*. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien. Berlin: Duncker & Humblot.

Schmitt, Carl 2009a: *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*. München: Beck.

Schneider, Hans 1953: Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933. *VfZG*, 1. Jg. 3. Heft, 197-221.

Scholz, Rupert – Arnd Uhle 2001: „Eingetragene Lebenspartnerschaft“ und Grundgesetz. *NJW*, 54. Jg., 5. Februar 2001, 393-400.

Schütter, Christian 2006: *Progressive Verwaltungsrechtswissenschaft auf konservativer Grundlage. Zur Verwaltungslehre Ernst Forsthoffs*. Berlin: Duncker & Humblot.

Seelmann, Kurt 2010: *Rechtsphilosophie*. München: Beck.

Siebert, Wolfgang 1953: Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung. Zur Abgrenzung und Verflechtung von öffentlichem Recht und Privatrecht. In *FS für Hans Niedermayer zum 70. Geburtstag*. Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co, 215-247.

Smend, Rudolf 1968a: Das Recht der freien Meinungsäußerung. In Smend, Rudolf: *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. Berlin: Duncker & Humblot, 89-118.

Smend, Rudolf 1968b: Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht. In Smend, Rudolf: *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. Berlin: Duncker & Humblot, 309-325.

Somló, Felix 1973: *Juristische Grundlehre*. Aalen: Scientia Verlag.

Sólyom László 1992: Az Alkotmánybíróság önértelmezése. *Jogtudományi Közlöny*, 1992/6, 272-275.

Stammler, Rudolf 1911: *Theorie der Rechtswissenschaft*. Halle: Buchhandlung des Waisenhauses.

von Stein, Lorenz 1972: Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands. In von Stein, Lorenz: *Gesellschaft – Staat – Recht*. Hrsg. von Ernst Forsthoff. Frankfurt/M: Propyläen, 147-494.

von Stein, Lorenz 2010: *Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts mit Vergleichung der Literatur und Gesetzgebung von Frankreich, England und Deutschland*. Hrsg. von Utz Schliesky. Tübingen: Mohr Siebeck.

Stelkens, Ulrich 2005: *Verwaltungsprivatrecht. Zur Privatrechtsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen*. Berlin: Duncker & Humblot.

Stern, Klaus 1988: Die Einrichtungsgarantien. In Stern, Klaus: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Bd. III/1. Allgemeine Lehren und Grundrechte. München: Beck, 751-887.

Stern, Klaus 1992: Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte. In Isensee, Josef – Kirchhof, Paul (hrsg.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Bd. V. Heidelberg: C. F. Müller, 45-100.

Stexhe, Guillaume de 2000: La modernité comme accélération du temps: temps manquant, temps manqué? In Gérard, Philippe – Ost, François – van de Kerchove, Michel (éd.): *L'accélération du temps juridique*. Bruxelles: Facultés universitaires de Saint-Louis, 15-48.

Stier-Somlo, Fritz 1929: Art. 119. Gleichheit vor dem Gesetz. In Nipperdey, Hans Carl (hrsg.) 1929: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung. Bd. 1. Berlin / Mannheim: Reimar Hobbing / J. Bensheim, 158-218.

Stolleis, Michael 1984: Die „Wiederbelebung der Verwaltungslehre“ im Nationalsozialismus. In Heyen, Erk Volkmar (hrsg.): *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*. Frankfurt/M: Vittorio Klostermann, 147-162.

Storost, Ulrich 1984: Die Verwaltungsrechtslehre Ernst Forsthoffs als Ausdruck eines politischen Verfassungsmodells. In Heyen, Erk Volkmar (hrsg.): *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*. Frankfurt/M: Vittorio Klostermann, 163-188.

Szabó Miklós 2001: Tudomány – jogtudomány – joggyakorlat. In Szabó Miklós (szerk.): *Bevezetés az állam- és jogtudományokba*. Miskolc: Bíbor Kiadó 2001.

Szigeti Péter 2003: Legalitás és legitimítás Magyarországon. *Fundamentum*, 2003/1, 73-78.

Szilágyi Péter 2007: Az államelmélet mint valóság tudomány – Hermann Heller vitája Hans Kelsennel. In Cs. Kiss Lajos (szerk., bev., vál.) 2007: *Hans Kelsen jogtudománya. Tanulmányok Hans Kelsenről*. Budapest: Gondolat Kiadó (MTA Jogtudományi Intézete, ELTE Állam- és Jogtudományi Kar), 383-401.

Takács Péter 2004: Az állam politikai fogalma. In Cs. Kiss Lajos (szerk., bev., vál.): *Carl Schmitt jogtudománya. Tanulmányok Carl Schmittről*. Budapest: Gondolat Kiadó, 168-180.

Tamás András 2005: A tiszta jogtan alkotmányelmélete. *Világosság*, 2005/11, 65-76.

Tamás András 2007: *Legistica. A jogszabálytan vázlata*. Budapest: Szent István Társulat.

Tarello, Giovanni 1972: Sur la spécifité du raisonnement juridique. *ARSP* Beiheft Nr. 7, Wiesbaden: Franz Steiner Verlag.

Techet, Péter 2007: A jog funkcionális értelmezése. A jog kulturális, társadalmi-politikai és időbeli dimenziójáról. *Valóság*, 2007/5, 63-76.

Techet, Péter 2008: A posztpolitikum bírálata. *Iustum Aequum Salutare*, 2008/3, 265-275.

Techet, Péter 2009: Új irányok a jogelméletben. [recenzió Sonja Buckel – Ralph Christensen – Andreas Fischer-Lescano (hrsg.): *Neue Theorien des Rechts*. Stuttgart, 2009 c. Könyvről]. *Iustum Aequum Salutare*, 2009/2, 231-237.

Techet, Péter 2012: Carl Schmitt és a nemzetiszocializmus. *Politikatudományi Szemle*, 2012/1, 133-152.

Thoma, Richard 1929: Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen. In Nipperdey, Hans Carl (hrsg.): *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung*. Bd. 1. Berlin / Mannheim: Reimar Hobbing / J. Bensheimer, 1-53.

Vaihinger, Hans 1920: *Die Philosophie des Als ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*. Leipzig: Verlag von Felix Meiner.

van Laak, Dirk 1993: *Gespräche in der Sicherheit des Schweigens. Carl Schmitt in der politischen Geistesgeschichte der frühen Bundesrepublik*. Berlin: Akademie Verlag.

Varga Csaba 1992: A jogi normaalkalmazás természete. *Állam- és Joggutudomány*, 1992/1-4, 55-92.

Varga Csaba 2001: Bevezetés. In Kelsen, Hans: *Tiszta jogtan*. Budapest: Rejtjel, IX-XVIII.

Varga Csaba 2000a: A jogi okfejtés társadalmi meghatározottságáról. In: Varga Csaba 2000: *A jog mint logika, rendszer és technika*. Budapest: Szent István Társulat.

Varga Csaba 2002: *A bírói ténymegállapítási folyamat természete*. Budapest: Akadémiai Kiadó.

Varga Csaba 2003a: *A bírói ténymegállapítási folyamat természete*. Budapest: Akadémiai Kiadó.

Varga Csaba 2004: *A jogi gondolkodás paradigmái*. Budapest: Szent István Társulat.

Varga Csaba 2006: A jogbölcselkedés állapota Magyarországon. *Állam- és Joggutudomány*, XLVII/1, 1-29.

Varga Csaba 2007: *Jogállami? Átmenetünk?* Pomáz: Kráter Műhely.

Verdross, Alfred 1968: Die Rechtstheorie Hans Kelsen's (1930). In Klecatsky, Hans – Marcic, René – Schambeck, Herbert (hrsg.): *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*. Wien / Frankfurt/M / Zürich: Europa Verlag, 1301-1309.

Vorländer, Hans 2006: Deutungsmacht – Die Macht der Verfassungsgerichtsbarkeit. In Vorländer, Hans (Hrsg.) 2006: *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit. Verfassung und Politik*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 9-33.

Waechter, Kay 1996: Einrichtungsgarantien als dogmatische Fossilien. *Die Verwaltung*, Bd. 29, S. 47-72.

Waldhoff, Christian 2010: Entstehung des Verfassungsgesetzes. In Depenheuer, Otto – Grabenwarter, Christoph (hrsg.): *Verfassungstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 289-348.

Walther, Manfred 1989: Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im »Dritten Reich« wehrlos gemacht? Zur Analyse und Kritik der Radbruch-These. In Dreier, Ralf – Sellert, Wolfgang (hrsg.): *Recht und Justiz im »Dritten Reich«*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 323-354.

Weber, Max 2006: *Wirtschaft und Gesellschaft*. Paderborn: Voltmedia.

Willowiet, Dietmar 2005: *Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands*. München: Verlag C. H. Beck.

Winterhoff, Christian 2007: *Verfassung – Verfassungsgebung – Verfassungsänderung. Zur Theorie der Verfassung und der Verfassungsrechtserzeugung*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Wittreck, Fabian 2008: *Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Wolff, Martin 1923: Reichsverfassung und Eigentum. In *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923*. Tübingen: Mohr Siebeck, S. 3-30.

Zippelius, Reinhold 1997: *Das Wesen des Rechts. Eine Einführung in die Rechtsphilosophie*. München: Verlag C. H. Beck.

Zlinszky János 2006: *Az Alkotmány értéktartalma és a mai politika*. Székfoglaló 2005. október 24. Budapest: Szt. István Társulat.

Jogszabályok

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 aout 1789. In Jacques Godechot (ed.) 1995: *Les Constitutions de la France depuis 1789*. Paris: Garnier Flammarion, 33-35.

Übergangsgesetz. Vom 4. März 1919 (RGBl. Nr. 55, ausgegeben am 7. März 1919, S. 285). In *Preußisches Archiv. Sammlung der Gesetze und der das Rechtswesen betreffenden Verordnungen und Verfügungen Preußens und des Reichs*. Freiburg im Breisgau: J. Bielefelds Verlag, 240-241.

Verfassung des Deutschen Reiches („Weimarer Reichsverfassung“)

1949. évi XX. törvény a Magyar Köztársaság Alkotmányáról

Latvijas Republikas Satversme. [A Lett Köztársaság Alkotmánya] [www.verfassungen.eu/lv; eredeti nyelven: http://www.saeima.lv/Likumdosana/likumdosana_satversme.html]

Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland („Bonner Grundgesetz“)